FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

TOMO 328

Volumen 2

2005

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION

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

FALLOS

DE LA

CORTE SUPREMA

DE

JUSTICIA DE LA NACION

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 328 — VOLUMEN 2

MAYO - JULIO

LA LEY S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (1050) Buenos Aires
2005

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación : secretaria de jurisprudencia -
1a ed. - Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006.
1248 p. ; 24x16 cm.

ISBN 950-9825-73-5

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación-Fallos.
CDD 347.077

Copyright (c) 2005 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. 950-9825-73-5

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

MAYO

CIRCULO ODONTOLOGICO REGIONAL DE VENADO TUERTO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Exclusión de las cuestiones de hecho. Varias.

Los agravios dirigidos a cuestionar lo atinente a las circunstancias que definen la condición y el alcance de los actos desplegados y su aptitud para encuadrar la actividad como una de las previstas en los arts. 1° y 2° de la ley 22.262 –la existencia de una posición de dominio, su abuso y la circunstancia de lesión al interés económico general– no remiten, en rigor, a la inteligencia de esas reglas, sino al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas, por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Carece de fundamento el recurso extraordinario deducido contra la decisión que consideró inadmisibles las cláusulas impeditivas del ingreso de prestadores que poseen los requisitos de idoneidad para la actividad, en circunstancias en que una asociación concentre más del 50% de los concernientes a algún mercado y, por situaciones propias de su estructura y funcionamiento, la no pertenencia a la entidad represente una barrera importante para el ejercicio de la actividad, pues los agravios atinentes a la vulneración del derecho a la libre asociación y a la afectación de la autonomía de la provincia, no se hacen cargo de los argumentos en contrario expuestos tanto en sede administrativa como judicial.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Lo resuelto en torno a la intervención de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe y de la Secretaría Nacional de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, no aparece contradicho argumentalmente por el quejoso –que se limita a insistir en su parecer discordante–, lo cual no alcanza para revertir la decisión que estableció que las normas estatutarias de una asociación de profesionales constituían prácticas restrictivas de la competencia, derivadas del abuso de su posición dominante en el mercado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Exclusión de las cuestiones de hecho. Varias.

Los agravios relativos a que no fue acreditada la preeminencia o posición dominante en el mercado del recurrente, remiten a temas de hecho y prueba, resueltas con fundamentos de ese orden que bastan para sustentarla, máxime si se limita a afirmar de modo genérico y dogmático que su posición en el mercado no puede ser caracterizada como dominante, sin aludir ni hacerse cargo de la abundante prueba agregada al sumario administrativo (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Los agravios del apelante dirigidos a cuestionar que su conducta sea "abusiva" en los términos del art. 1° de la ley 22.262 suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, toda vez que en la especie se ha puesto en cuestión el alcance de un precepto de dicha ley federal y la solución final del pleito ha sido adversa a los derechos que el interesado funda en aquél (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de asociación.

Las libertades de asociarse, de contratar, comerciar y ejercer toda industria lícita están sujetas a las restricciones establecidas en las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no desnaturalicen su sustancia. Entre ellas cabe contar las limitaciones contenidas en la ley 22.262, que condenan el aprovechamiento de una situación fáctica predeterminada (tal como lo es la de preeminencia o dominio en un mercado) para ejercer un derecho propio de forma tal que menoscabe la igualdad de oportunidades de terceros para ejercer de manera concurrente el mismo derecho (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de asociación.

El derecho a la libre competencia no ampara las libertades de asociarse, de contratar, comerciar y ejercer toda industria lícita de un modo abstracto, es decir, como objetos ideales, sino que las tutela en su contenido material, removiendo los impedimentos que constituyan un obstáculo para su realización efectiva (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Por vía de amparar el derecho de cada uno de los competidores, la legislación de defensa de la competencia tutela la posibilidad real de ejercicio de las libertades de asociarse, de contratar, comerciar y ejercer toda industria lícita por parte de todos los individuos que las ejercen en situaciones de concurrencia; por lo que es

suficiente que las conductas anticompetitivas tengan aptitud suficiente, es decir, potencialidad para perjudicar el interés económico general, sin que resulte necesario que dicho perjuicio resulte económicamente mensurable de manera precisa y actual (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Corresponde confirmar la sentencia que ordenó el cese de la conducta de exclusión y la eliminación de las cláusulas restrictivas, si mediante las modificaciones estatutarias objetadas, la asociación civil –constituida con el objeto de propender a la elevación cultural y científica y representar a sus asociados en lo relativo a sus condiciones de trabajo– obtiene una ventaja patrimonial derivada de la eliminación de competidores reales o potenciales de su propio sistema de servicios por abono, arrogándose de hecho funciones que en la práctica equivalen a la de expedir la licencia necesaria para ejercer la profesión de odontólogo en la región (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

La asociación o combinación entre competidores no puede ser inmunizada o exceptuada de la legislación de defensa de la competencia adoptando a dicho efecto un mecanismo de afiliación, pertenencia, o calidad de miembro (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

En ausencia de extremos de hecho que permitan calificarla de manera distinta, la cláusula que impone a los asociados abstenerse de contratar individualmente con las obras sociales que no hayan contratado directamente con la institución, no comporta, por sí sola, una restricción de la libertad de competencia reprobable en los términos de los arts. 1°, 2° y 41 de la ley 22.262, debido a que, *prima facie*, tiende a la protección de los intereses comunes de los asociados (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (Sala A), confirmó la resolución N° 156/01 de la Secretaría de la Competencia, la

Desregulación y la Defensa del Consumidor, en cuanto ordenó al Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto: i) el cese de la conducta de exclusión, tanto en lo referente a la prohibición de trabajar por el sistema de abono mensual fuera del Círculo, como de no permitir que los odontólogos presten servicios a afiliados de administradoras de fondos para la salud o cualquier otro tipo de prestación por fuera de la entidad, debiendo integrar su red de prestadores para la atención de beneficiarios de las obras sociales con todos los odontólogos que soliciten el ingreso a tal efecto; y, ii) la eliminación de cualquier cláusula estatutaria o reglamentaria restrictiva que fije pautas de ingreso para los profesionales a sus listados de prestadores para la atención a afiliados de administradoras de fondos para la salud (fs. 6/7) Morigeró, por último, el monto de la multa impuesta a la denunciada por haber restringido el ingreso al mercado de prestaciones odontológicas, limitando la competencia con menoscabo del interés económico general.

Para así decidir, apreció, en sustancia, que el Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto incurrió en un abuso de su posición de dominio, al excluir del mercado de prestaciones odontológicas a los profesionales situados en competencia con la institución. Ello es así, una vez sentado que la investigada agrupa al mayor número de prestadores de la región; contrata con las principales obras sociales y administradoras de salud y participa en la prestación de servicios prepagos a través de su sistema Odontotal, con lo que alcanza a satisfacer, en términos de oferta, las necesidades asistenciales de la población. También sentado, que los odontólogos independientes agrupados en sistemas cerrados o por abono, fuera del Círculo, tienen menores posibilidades de trabajo, al punto de no constituir competencia efectiva para aquél, en razón no sólo de su peso numérico inferior, sino, también, de contar sólo con la posibilidad cierta de concertar convenios con obras sociales poco numerosas y de menor envergadura. Todo lo anterior, verificado a propósito de un ámbito en el cual la normativa interna de la entidad investigada (art. 3, del estatuto y 15 del reglamento de su centro de trabajo), opera resintiendo a las fuerzas del mercado al concentrar la oferta, fijando las condiciones de acceso y egreso al relevante sector de aquél que lidera e impidiendo el ejercicio de la labor odontológica por fuera de los acuerdos que celebra, con grave perjuicio del interés económico general de la región (fs. 45/52).

Contra dicha decisión, el Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto dedujo recurso extraordinario (fs. 57/63), que fue concedido

con apoyo en que se encuentra en juego un acto administrativo dictado por una autoridad nacional con arreglo a las disposiciones de la ley federal N° 22.262, cuya inteligencia se cuestiona en sí y bajo la pretensión de contradecir, centralmente, las garantías de los artículos 14, 16 y 18 de la Ley Suprema (fs. 68).

– II –

La presentante, fundada en el artículo 14, inciso 3°, de la ley N° 48, cuestiona la inteligencia conferida en el resolutorio a la ley federal N° 22.262, la que –a su entender– vulnera la defensa en juicio y los derechos a trabajar, asociarse y a la igualdad y no discriminación; amén de afectar la autonomía del estado provincial en el ejercicio del poder de policía sobre las asociaciones y el régimen basado en los artículos 1 y 121 de la Constitución Nacional. Todo ello, como consecuencia del obrar de una autoridad nacional como la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía de la Nación.

Dice que, paradójicamente, es la decisión administrativa confirmada por la alzada la que conculca la libre competencia y conduce a un monopolio al obligar al Círculo sumariado a nuclear a la totalidad de los profesionales de la región, concentrando –de tal modo– el ciento por ciento de la oferta. Lo anterior, sin perjuicio de resaltar que esa misma decisión avanza sobre las facultades locales expresadas en la Inspección General de Personas Jurídicas, al privar de validez, rehuyendo las vías impugnativas provinciales, a cláusulas estatutarias del denunciado.

Expresa, en otro orden, que el Círculo Odontológico es una entidad privada a la que pretende imponérsele las personas con quienes asociarse, afectándose de ese modo la consiguiente garantía constitucional, máxime, cuando las restricciones al respecto contenidas en los estatutos no son irrazonables. Reputa, asimismo, inexacta la aseveración relativa a que los profesionales, como consecuencia del obrar de la entidad, no pueden trabajar por sí con las obras sociales; así como las afirmaciones en orden a la existencia de una posición de dominio, su abuso y la restricción de ingreso al mercado de prestaciones. También, el fundamento probatorio –testimonios, en su mayoría– escogido como basamento de lo anterior, que, por otra parte, no se vio corroborado por la *ad quem* mediante el complemento de alguna medida para

mejor proveer, soslayando que el peso probatorio de la "acusación" concernía al órgano estatal y que, en su caso, la duda debió beneficiar al Círculo Odontológico.

Finaliza negando que exista desmedro al interés económico general y reprochando el dogmatismo trasuntado, en sus extremos principales, por la sentencia (fs. 57/63).

– III –

Estableció V.E. en un precedente sobre la materia que los agravios dirigidos a cuestionar los criterios del tribunal relativos a las circunstancias que definen la condición y el alcance de los actos desplegados y su aptitud para encuadrar la actividad como una de las previstas en los artículos 1° y 2° de la ley N° 22.262, no remiten, en rigor, a la inteligencia de esas reglas, sino al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas, por su naturaleza, a la instancia del artículo 14 de la ley N° 48 (cfse. Fallos: 313:510 y sus referencias).

En el caso, un segmento sustantivo de la presentación recursiva se dirige a cuestionar –en forma genérica y dogmática, además– las afirmaciones de la Sala en orden a la existencia de una posición de dominio, su abuso, la circunstancia de lesión al interés económico general, etc., aspectos todos situados en el plano al que se refiere el precedente y que, se impone resaltarlo, no han sido objetados, a su turno, en términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias sino en el marco de lo previsto por el artículo 14, inciso 3°, de la ley N° 48, e, igualmente, en ese contexto, concedidos por la alzada (v. fs. 68).

Por lo demás, y en el mejor de los casos, no se advierte en la queja sino un tenor discrepante respecto de lo valorado en la resolución confirmada; sostenida, a su turno, en el circunstanciado dictamen N° 364/01 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que como anexo I la integra, según dispone su artículo 4° (fs. 918/938 del agregado).

– IV –

En cuanto a los restantes agravios, particularmente al que se refiere a la vulneración del derecho a la libre asociación, amén del que

remite a la afectación de la autonomía de la provincia, cabe anotar que, ceñidos a los recaudos de fundamentación que derivan del artículo 15 de la ley N° 48, no obstante reconocer el contenido federal de la materia controvertida, no puede sino señalarse que la presentación de la quejosa no se sustenta.

Y es que el Círculo Odontológico se limita a reiterar la circunstancia de la presunta vulneración de las indicadas prerrogativas, insistiendo en la razonabilidad puesta en evidencia en su ejercicio, sin hacerse cargo de los señalamientos que, en línea con lo dictaminado por la Comisión Nacional competente, vertió la alzada en torno a este punto.

Recuérdese que, en sustancia, se ha reprochado aquí el contenido del reformado artículo 3°, incisos d) y f), del estatuto de la institución –que veda el ingreso de los profesionales que, en los últimos seis meses, hayan trabajado para entidades por abono cerrado, sistemas cerrados u otro tipo de relación dependiente contraria a la libre elección profesional; fijando el recaudo, para los socios que renunciaron y trabajaron en los mencionados sistemas, que su readmisión sea aprobada por asamblea extraordinaria, la que determinará, además, la cuota de ingreso–; así como también lo establecido por los artículos 15 y 16 de la ordenanza del centro de trabajo de la entidad, que prohíbe la labor de los miembros en obras sociales privadas a sueldo y la atención de aquéllas sin vínculo directo con el Círculo (fs. 104 y 108 del agregado).

Lo anterior, contradice el criterio expuesto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el sentido de que resultan inadmisibles las cláusulas impeditivas del ingreso de prestadores que poseen los requisitos de idoneidad relevantes para la actividad de que se trata, en circunstancias en que una asociación concentre más del 50% de los concernientes a algún mercado y, por situaciones propias de su estructura y funcionamiento, la no pertenencia a la entidad represente una barrera importante para el ejercicio de la actividad (fs. 928 del agregado).

No obstante ello y lo dicho por la alzada en orden a que el derecho de asociación de la investigada debe respetar similar prerrogativa de todos aquéllos que deseen incorporarse a la institución, sin perjuicio de la potestad del Círculo de establecer pautas razonables

para la admisión de nuevos asociados, tales como el pago de cuotas, la presentación del título, certificación de buena conducta, presentación de un socio, etc. (fs. 50 vta./51), el recurrente se limita a reiterar que no incurrió en una exclusión arbitraria, sin hacerse cargo de los argumentos en contrario expuestos tanto en sede administrativa como judicial.

Con un alcance similar, merecen traerse a colación los argumentos de la aludida Comisión Nacional en el sentido de que, si bien, en origen, las actuaciones judiciales promovidas por un particular respecto del tema se encaminaron a la defensa de sus derechos individuales, los efectos que este tipo de conductas pueden provocar en el mercado involucrado, pueden y deben ser evaluados a la luz de la legislación respectiva, ley N° 22.262, de alcance federal (Fallos: 307:1257, 2091; 316:2561 y 324:3381, etc.); sin perjuicio de decir que, el rechazo del planteo en el orden provincial obedeció a un motivo formal –a saber: la extemporaneidad del amparo– con explícita abstracción de la cuestión de fondo (fs. 926 del agregado).

A lo dicho se suma que la explicación proporcionada por la alzada en torno a la intervención de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe –limitada a la evaluación de los recaudos para la constitución de personas de existencia ideal tales como: objeto, fines, composición, funcionamiento de sus órganos, renovación de autoridades, etc.; y no al pronóstico sobre el desenvolvimiento futuro de la misma en el mercado ni los efectos de sus cláusulas con relación a la competencia o los usuarios– y de la Secretaría Nacional de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (fs. 50), tampoco aparece contradicha argumentalmente por el quejoso, que se reduce también aquí a insistir en su parecer discordante, lo que, a todas luces, no alcanza para revertir el pronunciamiento; máxime frente a lo expresado en su oportunidad por V.E. en el antecedente de Fallos: 324:3381, a cuyos términos corresponde remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad.

– V –

Por lo expresado, entiendo que corresponde confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 4 de marzo de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto s/ recurso de apelación s/ res. 156 de la comisión (expte. 064-000591/98) – ley 22.262".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, al que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvanse.

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

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, al rechazar parcialmente el recurso directo interpuesto por el Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto, confirmó la resolución 156 de 2001 mediante la cual la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia le ordenó a dicha entidad modificar el art. 3, incs. d y f, de los estatutos aprobados por la Asamblea General Extraordinaria del 4 de febrero de 1991. Tales disposiciones impiden el ingreso de odontólogos que hayan trabajado para sistemas de abono cerrado o en relación de dependencia al margen de dicha entidad en los últimos seis meses, y

condicionan el reingreso de los profesionales que hayan renunciado a la aprobación de la Asamblea Extraordinaria y al pago de una cuota de ingreso especial. La cámara también confirmó la resolución administrativa en cuanto dispuso que se modificara el art. 15 del Reglamento de Trabajo de la asociación mencionada, que impide a los asociados prestar servicios a obras sociales u otras entidades que no hayan contratado directamente con el Círculo Odontológico. Por otra parte, redujo de 50.000 a 5.000 pesos la multa impuesta en la resolución administrativa apelada. Contra esta decisión, el actor interpuso el recurso extraordinario concedido a fs. 68 vta.

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada señaló que la prueba documental, de peritos, testimonial, e informativa acumulada en las actuaciones administrativas tramitadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia con motivo de la denuncia formulada por el odontólogo Ricardo Raúl Barisio (cuyo reingreso fue denegado por aplicación de las disposiciones estatutarias cuestionadas) demostraban que el Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto tiene por afiliados a la mayor parte de los profesionales de la región y, por tanto, concentraba la oferta de los servicios odontológicos; al mismo tiempo que constituye la principal contratante y proveedora de las obras sociales, empresas de medicina prepaga, asociaciones mutuales con mayor cantidad de afiliados, concentrando así el acceso a la demanda. Agregó que, a efectos de abastecer esa demanda, el Círculo Odontológico Regional había creado su propio sistema de abono cerrado, al que pueden adherir todos los asociados que lo integran, denominado “Odontotal”.

La cámara concluyó que, en las condiciones apuntadas, la modificación introducida en el art. 3°, incs. d y f, de los estatutos de la entidad aprobados en la asamblea general extraordinaria del 4 de febrero de 1991 (contemporánea a la creación de “Odontotal”), en virtud de la cual el Círculo Odontológico Regional prohibió el ingreso de los profesionales que hubieran prestado servicios en otros sistemas de abono cerrado o en relación de dependencia y condicionó el reingreso de los renunciantes, así como lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento de Trabajo en el sentido de no permitir que los asociados al Círculo presten servicios a obras sociales o entidades en virtud de contratos celebrados al margen o por fuera del Círculo, constituían prácticas restrictivas de la competencia derivadas del abuso de su posición dominante en el mercado.

3°) Que los agravios del apelante relativos a que en el caso no fue acreditada su preeminencia o posición dominante en el mercado remiten a temas de hecho y prueba, resueltas en la sentencia apelada con fundamentos de ese orden que bastan para sustentarla (confr. Fallos: 313:510). Sobre el particular el recurrente se limita a afirmar de modo genérico y dogmático que su posición en el mercado no puede ser caracterizada como dominante, sin aludir ni hacerse cargo de la abundante prueba agregada al sumario administrativo tramitado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en particular, a las decenas de contratos celebrados por el Círculo Odontológico Regional con obras sociales, empresas de medicina prepaga, y asociaciones mutuales, a las nóminas con las respectivas cantidades de afiliados, los informes sobre los ingresos anuales obtenidos por la entidad y su sistema de abono cerrado, y la prueba testimonial producida en el expediente administrativo agregado.

4°) Que, en cambio, los agravios del apelante dirigidos a cuestionar que su conducta sea "abusiva" en los términos del art. 1° de la ley 22.262 suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, toda vez que en la especie se ha puesto en cuestión el alcance de un precepto de dicha ley federal (Fallos: 307:2091, considerando 2°; 316:2561, considerando 4°) y la solución final del pleito ha sido adversa a los derechos que el interesado funda en aquél.

5°) Que, en tal sentido, el Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto niega haber incurrido en abuso de su posición al restringir el ingreso de nuevos miembros, imponiéndoles la condición de no haber prestado servicios para otros sistemas de servicios por abono cerrado o en relación de dependencia durante los últimos seis meses, y someter la solicitud de reingreso a decisión de la asamblea general extraordinaria y al pago de una cuota diferencial; así como al impedir que sus asociados contraten individualmente con obras sociales que no hayan contratado directamente con el Círculo. Sobre el particular, destaca que la aludida asociación no es una entidad pública, ni semipública, sino enteramente privada, a la que, en cuanto tal, no pueden serle impuestas reglas de admisión y funcionamiento extrañas a la voluntad de sus asociados. Sostiene que los odontólogos que no forman parte del Círculo Odontológico Regional tienen la entera libertad de trabajar por su cuenta y contratar con todas las obras sociales y empresas de medicina prepaga o mutuales que requieran de sus servicios, así como plena libertad para formar una asociación civil similar a la actora. Por ello, afirma que su conducta no vulnera la libre

competencia, a su entender, se garantiza permitiendo a los asociados del Círculo Odontológico Regional ejercer su derecho de asociarse en las condiciones que convengan, así como el de no asociarse con quien no desean y de contratar en los términos que elijan, respetando al mismo tiempo los iguales derechos de los profesionales que no forman parte de aquél. En suma, sostiene que las modificaciones estatutarias cuestionadas son producto del ejercicio regular del derecho propio de asociarse con fines útiles y, en consecuencia, no constituyen abuso ni amenazan el ejercicio de idénticos derechos por parte de los profesionales ajenos al Círculo Odontológico.

6°) Que las libertades de asociarse, de contratar, comerciar y ejercer toda industria lícita están sujetas a las restricciones establecidas en las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no desnaturalicen la sustancia de aquéllas (Fallos: 199:202; 292:517, considerando 5°). Entre ellas cabe contar las limitaciones contenidas en la ley 22.262, que condenan el aprovechamiento de una situación fáctica predeterminada (tal como lo es la de preeminencia o dominio en un mercado) para ejercer un derecho propio de forma tal que menoscabe la igualdad de oportunidades de terceros para ejercer de manera concurrente el mismo derecho. El derecho a la libre competencia no ampara las libertades enunciadas de un modo abstracto, es decir, como objetos ideales, sino que las tutela en su contenido material, removiendo los impedimentos que constituyan un obstáculo para su realización efectiva. Así, por vía de amparar el derecho de cada uno de los competidores, la legislación de defensa de la competencia tutela la posibilidad real de ejercicio de las libertades enunciadas por parte de todos los individuos que las ejercen en situaciones de concurrencia; por lo que, como se ha dicho, es suficiente que las conductas anticompetitivas tengan aptitud suficiente, es decir, potencialidad para perjudicar el interés económico general, sin que resulte necesario que dicho perjuicio resulte económicamente mensurable de manera precisa y actual (Fallos: 316:2561, considerandos 6° y 7°).

7°) Que según resulta de los extremos de hecho acreditados en la causa, la pertenencia al Círculo Odontológico de Venado Tuerto determina concretamente las posibilidades de ejercer la profesión de odontólogo en el área de que se trata, en razón de la posición de preeminencia o dominio de aquél en el mercado respectivo. En tanto dicha entidad incorpora prácticamente a dos tercios de los profesionales de la zona y concentra la mayor cantidad de demandantes de sus servicios, no es materialmente posible o resulta extremadamente dificul-

toso competir de modo efectivo sin pertenecer a ella. En tales condiciones, la modificación estatutaria introducida al art. 3° por la asamblea general extraordinaria del 4 de febrero de 1991, al restringir el ingreso a los profesionales que hayan prestado servicios para otro sistema cerrado de servicios por abono o en relación de dependencia, así como el reingreso de los profesionales que voluntariamente hayan renunciado al Círculo termina por constituir un artificio legal mediante el cual el Círculo Odontológico Regional tiende a consolidar definitivamente su posición de dominio como principal prestador e intermediario de servicios odontológicos.

En otras palabras, mediante las modificaciones estatutarias objetadas, una asociación civil constituida con el objeto de propender a la elevación cultural y científica y representar a sus asociados en lo relativo a sus condiciones de trabajo (confr. acta constitutiva y estatutos originales agregados a fs. 623/623 vta. del expediente), obtiene una ventaja patrimonial derivada de la eliminación de competidores reales o potenciales de su propio sistema de servicios por abono, arrogándose de hecho funciones que en la práctica equivalen a la de expedir la licencia necesaria para ejercer la profesión de odontólogo en la región de que se trata. Al respecto cabe advertir que, sin embargo, la asociación o combinación entre competidores no puede ser inmunizada o exceptuada de la legislación de defensa de la competencia adoptando a dicho efecto un mecanismo de afiliación, pertenencia, o calidad de miembro (Associated Press vs. United States, 326 U.S. 1, esp. 19; American Medical Association vs. United States, 317 U.S. 519, esp. 536).

8°) Que, con relación a la restricción de contratar individualmente con las obras sociales impuesta a los socios en el art. 15 del Reglamento de Trabajo del Círculo Odontológico, cabe advertir que en la causa no se ha alegado ni acreditado que, una vez afiliados a dicha asociación, los profesionales carezcan de igualdad de oportunidades de prestar servicios, por medio de ella o de su sistema “Odontotal”, a las principales obras sociales y empresas de medicina prepaga demandantes de sus prestaciones odontológicas. En el caso no se ha puesto en cuestión la forma jurídica bajo la cual los profesionales que integran el Círculo Odontológico Regional se han organizado para prestar sus servicios, sino la existencia de restricciones a la libre competencia. Sobre el particular es menester destacar que entre los objetivos de dicha asociación civil está el de obtener condiciones de trabajo más ventajosas en los contratos celebrados con las obras sociales que con-

centran la demanda de servicios odontológicos, por lo que la restricción de contratar individualmente tiene por contrapartida los beneficios derivados del poder de negociación colectiva dado por el vínculo asociativo; beneficios que estatutariamente debieran ser distribuidos igualitariamente entre todos los afiliados. Por tanto, en ausencia de extremos de hecho que permitan calificarla de manera distinta, la cláusula que impone a los asociados del Círculo Odontológico abstenerse de contratar individualmente con las obras sociales que no hayan contratado directamente con aquél introducida en los estatutos por la asamblea general extraordinaria del 4 de febrero de 1991 no comporta, por sí sola, una restricción de la libertad de competencia reprobable en los términos de los arts. 1°, 2° y 41 de la ley 22.262, debido a que, *prima facie*, tiende a la protección de los intereses comunes de los asociados.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, excepto con relación a los agravios tratados en el último considerando del presente fallo. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **la actora, Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto**, representada por **el Dr. Omar U. Barbero.**
Contesta traslado: **El fiscal general Dr. Claudio Marcelo Palacín.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.**

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS V. INPI

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si bien el auto que concedió la apelación hizo hincapié en la cuestión federal estricta sin formular distingos al tiempo de concederla, en virtud de la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio, corresponde apreciar el cuestionamiento de los aspectos de orden fáctico en el marco de la doctrina de la arbitrariedad, a la que debe estarse en primer lugar, pese a no haber sido invocada en forma expresa por la quejosa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La denegatoria de una patente –con fundamento en que la actora no había salvado las observaciones técnicas formuladas– constituye un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad (art. 12, ley 19.549), por lo que para ser desvirtuado por quien plantea judicialmente su nulidad, se debe probar la corrección de las objeciones de los examinadores o que éstas eran infundadas a la luz del régimen nacional de patentes.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.

Es descalificable la sentencia que –sin satisfacer las exigencias de debida fundamentación ni refutar los fundados reparos expresados por uno de los integrantes del *a quo*– declaró la nulidad de la resolución denegatoria de la patente, por entender asegurada la naturaleza ejecutable del método controvertido, pues se trata de una cuestión de notoria complejidad técnica, en la que la autoridad con competencia específica en la materia sostuvo un parecer exactamente opuesto, y lo resuelto tampoco resulta avalado por justificación alguna provista por la peticionaria o el peritaje oficial.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Exclusión de las cuestiones de hecho. Marcas y patentes.

Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que declaró la nulidad de la resolución denegatoria de la patente, pues los agravios no suscitan cuestión federal, por no tratarse de ninguno de los supuestos establecidos por el art. 14 de la ley 48, sino que remiten a cuestiones de hecho y prueba que, más allá de su acierto o error, han sido tratadas por los jueces de la causa y no habilitan la vía elegida (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala I), por mayoría, revocó la sentencia de primera instancia

(fs. 240/242) e hizo lugar a la demanda, declarando la nulidad de la resolución del Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual N° 34.997, del 16 de septiembre de 1999 –ratificada el 21 de octubre del mismo año– que estimó que la actora no salvó las observaciones técnicas formuladas y que, en consecuencia, no cumplimentó los requisitos de patentabilidad. Para así decidir, en suma, juzgó que: a) el debate relativo a si la solicitud comprendía la protección de una semilla o de un aceite de girasol, concluyó durante el trámite administrativo, habiendo subsanado la peticionaria la objeción de los examinadores; b) la capacidad del método de búsqueda para seleccionar los vegetales con los rasgos deseados resulta ejecutable, con grado de previsibilidad suficiente, mediante la intervención del experto con conocimientos medios en la materia del artículo 20 de la ley N° 24.481, por lo que la objeción administrativa en el punto no es admisible; c) la acción de la técnica humana resulta en el caso decisiva a fin de lograr un producto con nuevas características como el buscado, por lo que es errónea su caracterización como "procedimiento esencialmente biológico"; d) la solicitud de una patente relativa a un aceite de girasol con características determinadas resulta ajena a la ley N° 20.247; y, e) la reivindicación satisface los requisitos de novedad, altura inventiva y actividad industrial del artículo 4 de la ley N° 24.481; y los conceptos utilizados por el INPI para denegar la solicitud no responden a los hechos y antecedentes de la cuestión, por lo que el acto carece de causa en los términos del artículo 7°, inciso b), de la ley N° 19.549 (fs. 288/295).

Contra dicha resolución, la reclamada dedujo recurso extraordinario (fs. 299/321), que fue contestado (fs. 324/336) y concedido con fundamento en el artículo 14, inciso 3°, de la ley N° 48 (fs. 337).

– II –

Aduce la recurrente que la solución de la Sala contradice el derecho federal invocado; en concreto, la preceptiva de los artículos 4, 11, 20, 29 y concordantes de la ley N° 24.481; 6 del decreto N° 260/96; 27, apartado 3) b, del acuerdo ratificado por ley N° 24.425; 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y diversas disposiciones de las leyes N° 20.347; 24.376 y 24.572. En ese marco, recrimina que la inteligencia provista al asunto se desentienda de la intención del legislador, del espíritu de las normas y del contexto general en que se inscribe el planteo; parti-

cularmente, en lo que se refiere a la descripción del invento y a su condición de repetible a escala industrial.

Refiere que la Cámara, al pronunciarse en manera positiva sobre la capacidad de ejecución del método de búsqueda de los vegetales, invadió las potestades técnicas exclusivas del organismo demandado, ejercidas anteriormente por éste en forma razonable; extremo al que se agrega que lo hizo soslayando que el resultado del método descripto es aleatorio e implícitamente subjetivo, lo que contraviene las reglas del artículo 20 de la Ley N° 24.481, al exceder las posibilidades de un especialista con conocimientos medios en la materia, y que el presentado, en rigor, es un proceso de fitomejoramiento, lo que revela que la actora intentó registrar una variedad vegetal, no tutelable en el país por el sistema de patentes de invención.

Dice que la solicitud no caracteriza el aceite de girasol reivindicado; que el procedimiento incluye una etapa de selección de semillas, extraña al contexto legal en debate; que el precepto originario de la ley de patentes que receptaba la protección de estos procesos fue vetado por el Ejecutivo y excluido, definitivamente, por el artículo 6 del decreto N° 260/96; y que el resultado del método selectivo, dada la técnica mutogenética utilizada, dependerá en forma directa de las habilidades, conocimientos técnicos y criterio subjetivo del encargado de la tarea.

Critica, asimismo, la falta de sustento de la conclusión final de la *ad quem* en orden a la caracterización como arbitrario del acto administrativo y, en especial, del apartamiento –"sin bases serias y elocuentes"– de las conclusiones de los técnicos del Instituto, dejadas de lado en beneficio de las expuestas por un perito oficial, sin formación en la materia; al tiempo que insiste en la intromisión de la alzada en valoraciones técnicas propias del organismo que, al denegar el planteo, cumplió con sus funciones válidamente regladas de policía económica.

Invoca, por último, un supuesto de trascendencia institucional, dado particularmente, el desconocimiento de las competencias específicas del ente requerido a que se alude, así como la afectación de las garantías establecidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por no constituir la sentencia objetada una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (v. fs. 299/ 321).

– III –

El Consejo Superior de Investigaciones Científicas, mediante el acta N° 333.029, requirió tutela, en el contexto de la ley N° 24.481, para una "Semilla de girasol que comprende aceite de girasol que tiene un mayor contenido de ácido esteárico" (fs. 19 /78). Dicha presentación fue observada por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), quien, en lo que nos ocupa, dijo que: a) parte del contenido de la reivindicación no es protegible por el sistema de patentes; involucrando, en todo caso, la preceptiva sobre derechos de obtentor; b) las cláusulas que caracterizan el método contienen asociado un factor de aleatoriedad que no garantiza la obtención del resultado por la persona experta con conocimientos medios en la materia a la que remite la ley; y, c) el método conlleva un paso de selección comprendido dentro de los procesos esencialmente biológicos, ajenos al sistema de patentes (v. fs. 80). Evacuadas las observaciones por la peticionaria (fs. 83/ 94), el Instituto le requirió, esta vez, una mejor definición del contenido del ácido esteárico que caracterice, al menos, el límite inferior del mismo aguardado en el aceite reivindicado (fs. 96). Contestada la vista una vez más (fs. 97/100), la Autoridad de Aplicación insistió, empero, en sus cuestionamientos, ceñida, sustancialmente, a la falta de satisfacción de lo especificado en la ocasión anterior (fs. 102). Respondido tal señalamiento del Instituto (fs. 103/106), la examinadora responsable reiteró, no obstante, sus críticas a la presentación, las que refirió, en suma, a la falta de observancia de la mayor parte de lo requerido en los traslados anteriores (fs. 107). Sobre dicha base, se emitió la decisión denegatoria que dio origen, finalmente, a estas actuaciones (v. fs. 120/122), sin advertir, empero, la existencia de una última presentación de la peticionaria replicando las observaciones del Instituto (v. fs. 108/119), la que, ponderada por el organismo (fs. 123/124), condujo, en definitiva, a la ratificación del temperamento expuesto (fs. 125).

El aludido parecer, a su turno, fue, en lo principal, compartido por el juez de grado (fs. 240/243); y abandonado, empero, más tarde, por la alzada mediante el fallo en crisis (fs. 288/295).

– IV –

En primer término procede decir que, entre las críticas del apelante, se introducen un conjunto de observaciones dirigidas a remar-

car diversos defectos en la fundamentación de lo decidido. Especialmente, en lo que se refiere a la condición objetiva y repetible del método descripto, el que, a juicio de la recurrente, dada la técnica utilizada, es aleatorio y depende de un conjunto de habilidades y saberes propios del encargado de la tarea; amén de que conlleva un segmento de selección de semillas encuadrable en las leyes sobre derechos de obtentor. Así situado, arguye que se ha desconocido la garantía consagrada en el artículo 18 de la Ley Fundamental, pues la sentencia, sin bases serias y elocuentes, se aparta de las conclusiones de los examinadores del Instituto, sin llegar a constituir, por ende, una derivación jurídica razonable coherente con los hechos probados de la causa.

Los alcances y naturaleza de la crítica vertida y el hecho de que por la misma se cuestionen aspectos de orden fáctico –como son, principalmente, los que se refieren a la índole objetivamente reproducible del método descripto– hacen que ella deba apreciarse, pese a no haber sido invocada en forma expresa por la quejosa, en el marco de la doctrina de V.E. sobre sentencias arbitrarias; a la que debe estarse en primer lugar, con arreglo, entre otros antecedentes, a Fallos: 323:35, pues de existir la citada tacha no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha. Por otra parte, si bien el auto que concede la apelación hace hincapié en la cuestión federal estricta, no formula, empero, distingos al tiempo de concederla; criterio que, por otra parte, abona la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio invocada por la quejosa en su presentación extraordinaria (Fallos: 307:493, etc.).

– V –

Cabe recordar, como bien lo puntualiza el voto de la minoría, que la decisión N° 34.977/99 y la posterior que la confirmó, son actos administrativos que, como tales, gozan de presunción de legitimidad (v. art. 12, ley N° 19.549), la cual debió ser desvirtuada por el actor que plantea judicialmente su nulidad; lo que se resume en probar que corrigió las objeciones de los examinadores o que éstas eran infundadas a la luz del régimen nacional de patentes (v. fs. 289).

En lo que se refiere al método, cabe decir que, conforme a la última reivindicación, el procedimiento comprende un segmento en que el técnico debe analizar el universo de semillas modificadas genéticamente y seleccionar las que han adquirido la cualidad deseada (v.

fs. 110/15). Dicho tramo, en definitiva, fue objetado por la Autoridad de Aplicación en diversas oportunidades por no repetible (fs. 80, 107 y 123/24) y la propia actora declaró haber eliminado de él lo que se relaciona con "resultados aleatorios" (v. fs. 13, 83/84, 218, 255 y 327).

Al aludido segmento se refirió, igualmente, el perito oficial al señalar que la actora modificó las reivindicaciones referidas al método (fs. 190/91), no obstante lo cual, como bien lo subraya otra vez el voto en minoría, parece, en rigor, haberse operado un desplazamiento de aquél desde la cláusula 15 de la descripción originaria (fs. 43/44), a otras de la presentación final obrante a fs. 110/115, como por ejemplo, las N° 1, 8 y 9 (v. fs. 289).

Sobre la cuestión se detuvo la accionada al evacuar el traslado del peritaje oficial, apoyada principalmente en las observaciones del ingeniero contraloreador (v. fs. 197/201). Insistió allí en que el método de selección de simientes que posibilitaría desarrollar un aceite con alto porcentaje de ácido esteárico es un procedimiento subjetivo y aleatorio, que comporta la prolongada tarea de un técnico fitomejorador, consistente en plantar y sembrar repetidamente hasta obtener una semilla que interese, mecanismo que no satisface la exigencia de réplica inventiva a fin de alcanzar idéntico resultado. Precisó que, luego del tratamiento de mutagénesis química, se adquiere un universo de semillas con materia grasa de diferente composición en ácidos de ese tenor y que, del análisis de cada simiente del conjunto, el fitomejorador selecciona subjetivamente las que son de su interés, según lo que esté buscando. Finalmente, anotó que los métodos de mutagénesis química del material vegetal no son nuevos; y que la mayoría de las semillas tratadas con ellos no resultan por sí aceptables, pues no es posible garantizar la estabilidad de la línea mutante sino hasta después de superadas numerosas de estas selecciones (cfse. fs. 202/ 207).

Las respuestas y correcciones de la actora, a su turno, no se hacen cargo de los cuestionamientos reseñados, los que recién son abordados en la expresión de agravios, oportunidad en que se niega la índole arbitraria del método selectivo (fs. 264 vta.) sin perjuicio de señalar que, "...si bien la obtención del resultado no es sencilla...", no quiere decir que no se pueda ejecutar; extremo que dependerá de la cantidad de semillas mutageneizadas y de la aptitud del método de búsqueda o screening para seleccionar las plantas con los rasgos deseados (fs. 267). Dicho señalamiento, vale advertirlo, no avanza en suministrar mayo-

res precisiones y certezas a propósito de uno u otro componente del método cuestionado.

Frente a lo expuesto, la mayoría de la alzada, sin suministrar razón alguna en aval de su parecer, lacónicamente se limitó a asegurar la naturaleza ejecutable del método de búsqueda controvertido, con grado de previsibilidad suficiente, mediante la intervención del "...experto con conocimientos medios en la materia..." a que se refiere el artículo 20 de la ley N° 24.481. El citado temperamento, en las circunstancias descriptas, no satisface las exigencias de debida fundamentación de las decisiones jurisdiccionales y no puede, en consecuencia, convalidarse, toda vez que, situados en un ámbito de notoria complejidad técnica como el aludido, en el que la autoridad con competencia específica en la materia fundamenta un parecer exactamente opuesto al de la Sala, una conclusión diversa como la defendida exigía un esfuerzo de argumentación del que la sentencia, en este punto, a todas luces carece. Ello es así, máxime cuando el citado parecer tampoco resulta avalado por justificación alguna provista por la peticionaria o el peritaje oficial (fs. 1891/94) y cuando, incluso, fundados reparos al respecto eran expresados por uno de los propios integrantes de la alzada. Repárese que ni siquiera en la contestación de agravios la pretensora suministra esas razones, desde que se limita a referir que la repetibilidad se encuentra asegurada y a invocar la patente europea equivalente a la solicitud en examen (fs. 334).

Lo dicho no implica abrir juicio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del tema, extremo que, por otra parte, como se señaló al dictaminar, entre muchos, en el antecedente registrado en Fallos: 324:4178, es potestad exclusiva de las instancias competentes en esas materias, ajenas a la vía del artículo 14 de la ley N° 48; no obstante que ello sí, en cambio, nos exime de considerar los restantes agravios, a la luz, esencialmente, de las disposiciones de los artículos 20 y 29 de la ley N° 24.481.

– VI –

Por lo expuesto, considero que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y restituir los autos al tribunal de origen para que, por quien proceda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo indicado. Buenos Aires, 11 de mayo de 2004. *Felipe D. Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Consejo Superior de Investigaciones Científicas c/ INPI s/ denegatoria de patente".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los argumentos expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal que antecede, a cuyos fundamentos y conclusiones se remite por razón de brevedad.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto 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 fallo con arreglo al presente. Notifíquese y devuélvanse.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay (*en disidencia*).

Disidencia de la señora ministro doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

Que los agravios del apelante no suscitan cuestión federal por no tratarse de ninguno de los supuestos establecidos por el art. 14 de la ley 48. Por el contrario remiten a cuestiones de hecho y prueba que, más allá de su acierto o error, han sido tratadas por los jueces de la causa y no habilitan la vía elegida.

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario interpuesto, con costas. Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la demandada, INPI,** con el patrocinio de las Dras. **Mariela Bargarello y Haydeé T. Dávila.**
Traslado contestado por **la actora,** representado por el Dr. **Ricardo José Papaño.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I.**

INGAPIRCA S.A. v. LOS SURIS S.R.L. Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Corresponde remitir nuevamente las actuaciones al Procurador Fiscal para que dictamine sobre la ley 25.820 –que sustituyó el texto del art. 11 de la ley 25.561– si la nueva legislación tiene una relación inescindible con las cuestiones introducidas en el recurso extraordinario, a lo que se agregan diversas circunstancias de trascendencia que exigen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, como son la gran cantidad de juicios que llegaron a la Corte para obtener una decisión que se pronuncie definitivamente sobre una cuestión –moneda de pago– que tiene en vilo a una gran cantidad de acreedores y deudores hipotecarios, lo que compromete directamente la inteligencia de diversas cláusulas constitucionales.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala “A”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, revocó parcialmente la sentencia del juez de grado que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 8 del Decreto 214/02 y declaró la inaplicabilidad al caso de autos de las previsiones de la ley 25.561 en la relación que guarde con el decreto 214/02. Desestimó en cambio la inconstitucionalidad planteada respecto del citado decreto 214/02 y de la ley 25.561, declarando inaplicable el régimen jurídico impugnado (v. fs. 433/439 vta.).

Para así decidir, entendió que si la obligación era exigible con anterioridad a la vigencia del régimen de emergencia financiera de cuya inconstitucionalidad se trata, no resulta de aplicación la pesificación impuesta por dicho ordenamiento.

– II –

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 448/458, que fue concedido a fs. 470 y vta.

A fs. 475, el Tribunal confirió vista a las partes a fin de que expresaran lo que estimasen pertinente respecto de la ley 25.820.

A fs. 479 vta. contestó la vista la parte demandada, destacando que la nueva ley precisó conceptos de la ley 25.561 en lo atinente a obligaciones alcanzadas por la pesificación y por su naturaleza aclaratoria no arremete ni desconoce derecho adquirido alguno. En tanto, la actora, al contestar la vista a fs. 515/518, planteó la inconstitucionalidad de la ley 25.820.

– III –

Corresponde señalar que la ley 25.820, dictada mientras se sustanciaba el presente recurso extraordinario, sustituyó el texto del artículo 11 de la ley 25.561, estableciendo la pesificación de las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, con lo cual se modificaron las normas tenidas en cuenta por la Cámara para resolver que la legislación de emergencia no alcanzaba a las obligaciones en mora.

En tales condiciones, estimo que el actual planteo respecto de la ley 25.820, viene a constituir una nueva acción de inconstitucionalidad antes que el eventual complemento de la materia recursiva, toda vez que esta ley, como se ha visto, modificó el marco normativo dentro del cual se pronunció la Sala “A” de la Cámara Civil. Vale reiterar, además, que el juzgador nada resolvió sobre la constitucionalidad del régimen legal anterior, pues entendió que tal planteo en autos devino abstracto en derecho, al juzgar que las obligaciones en mora no resultaban pesificadas por no estar comprendidas en la legislación de emergencia.

Empero, cabe señalar que una decisión de V.E. sobre la constitucionalidad de la nueva ley, conduciría a decidir sobre un dispositivo en relación al cual no existe resolución previa del Tribunal de mérito. Tal circunstancia convertiría a la Corte en Juzgadora originaria respecto de una materia en relación a la cual no posee dicha habilitación formal (art. 117 C.N.), lo que la apartaría de su expresa y estricta función constitucional en el contexto impugnatorio, cual es la de examinar concretas aplicaciones de derecho federal realizadas por los jueces superiores de la causa en el marco de pronunciamientos definitivos. Más aún si se advierte que la vía de arribo a conocimiento por el Tribunal de la presente, es la tradicional del art. 14 de la ley 48, por lo que, no siendo el recurso ordinario, las facultades del tribunal permanecen limitadas al marco extraordinario descripto en el párrafo anterior.

Consecuentemente, al carecer la Corte de competencia para pronunciarse sobre el último planteo presentado a su examen, corresponde devolver la presente causa al tribunal de origen, el que deberá expedirse acerca de la constitucionalidad de la ley 25.820, sin perjuicio de la apelación federal que oportunamente pudiere deducirse contra lo resuelto.

No obstante lo expuesto, para el hipotético caso de que V.E. no compartiere este criterio por razones similares a las analizadas por los señores ministros doctores Augusto Cesar Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert en los considerandos 6° al 8° de su voto en disidencia en el precedente de Fallos: 319:3241 –las que, en mi parecer no se configuran en el *sub lite*–, solicito se me corra nueva vista para dictaminar sobre el asunto, de considerarlo V.E. pertinente, a pesar de la solicitud del 26 de mayo de 2004 del magistrado de Mercedes. Buenos Aires, 7 de septiembre de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Ingapirca S.A. c/ Los Surís S.R.L. y otro s/ ejecución especial ley 24.441 – ejecutivo”.

Considerando:

1°) Que en el dictamen de fs. 526/527, el señor Procurador Fiscal señala que durante la sustanciación del recurso extraordinario se ha dictado la ley 25.820 que sustituyó el texto del art. 11 de la ley 25.561 estableciendo la pesificación de las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera que sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, con lo cual se modificaron las normas tenidas en cuenta por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil para resolver que la legislación de emergencia no alcanzaba a las obligaciones en mora.

2°) Que después de expresar que el Tribunal había dispuesto oír a las partes respecto del contenido de la nueva ley y hacer una breve reseña de las posturas asumidas por las partes, el mencionado funcionario dictaminó que una decisión de la Corte referente al planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.820 conduciría a resolver una cuestión sobre la cual no existe resolución previa en las instancias ordinarias, lo que convertiría a la Corte en juzgadora originaria sobre una materia con relación a la cual no posee dicha habilitación formal (art. 117 de la Constitución Nacional), por lo que requiere la devolución de las presentes actuaciones al tribunal de origen para que los jueces se expidan acerca de la constitucionalidad de la ley 25.820.

3°) Que en causas que guardan sustancial analogía con la presente esta Corte juzgó que la nueva legislación tiene una relación inescindible con las cuestiones introducidas en el recurso extraordinario. Agregó que diversas circunstancias de trascendencia exigen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, como son la gran cantidad de juicios que han llegado a este Tribunal para obtener una decisión definitiva sobre una cuestión –moneda de pago– que tiene en vilo a gran cantidad de acreedores y deudores hipotecarios, lo que compromete directamente la inteligencia de diversas cláusulas constitucionales (P.122.XXXIX. “Pérsico, Luigi c/ Maffuli, Ciro y otro” del 14 de octubre de 2004; F.1231.XXXIX. “Frignani, Livio y otro c/ Subizar, José Miguel” del 16 de noviembre de 2004; A.1353.XXXIX. “Arena, Ricardo Aurelio c/ Repetti, Hugo”, pronunciamientos del 26 de Octubre 2004) y sus citas.

Por ello se resuelve remitir las actuaciones al señor Procurador Fiscal para que dictamine sobre el fondo del asunto.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VICTOR ADRIAN ALDERETE

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

El recurso extraordinario deducido contra la decisión que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.
–De la disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, en el precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), a la que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La decisión que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción, no proviene del superior tribunal de la causa (art. 14 de la ley 48), carácter que, en el caso y en virtud de la improcedencia del recurso de casación (art. 457 del Código Procesal Penal), reviste la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).
–De la disidencia del Dr. Augusto César Belluscio, en el precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), a la que remitió el voto–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra la decisión que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La decisión que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción carece de toda relevancia para alcanzar una

rápida decisión jurisdiccional en casos en que se encuentra comprometida la libertad personal del imputado (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni).
–Del voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi, en el precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Si bien la decisión que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación, dicha resolución puede ser equiparada a definitiva en sus efectos, en la medida en que cause daño de insusceptible reparación ulterior (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).
–Del precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente procedente el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción, pues existe cuestión federal bastante al haberse cuestionado la interpretación de normas federales –arts. 5 y 13 de la ley 25.233 y art. 2, inc. e, del decreto de necesidad y urgencia 102/99– y la violación de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).
–Del precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La decisión que rechazó la excepción de falta de acción y aceptó el rol de querellante de la Oficina Anticorrupción no se refiere a un instituto que por su propia naturaleza –según el ordenamiento procesal– esté vinculado directamente a una rápida decisión sobre la libertad personal por parte de los órganos jurisdiccionales, requisito esencial que la Corte Suprema tuvo en cuenta para establecer la doctrina que estableció que la cámara de apelaciones es, a los fines de la vía del art. 14 de la ley 48, el tribunal superior de la causa (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).
–Del precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), al que remitió la disidencia–.

CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL.

La Cámara Nacional de Casación Penal constituye un órgano judicial "intermedio" al cual no le está vedada por obstáculos formales la posibilidad de examinar

por vía de recursos de casación e inconstitucionalidad materias tales como la atribución del carácter de querellante a la Oficina Anticorrupción (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).
–Del precedente "Alderete" (Fallos: 326:2514), al que remitió la disidencia–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró improcedente la queja por recurso de casación denegado interpuesto por el señor fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Contra la decisión del tribunal de casación se interpuso recurso extraordinario, el que fue rechazado motivando el presente.

Se cuestiona en autos la facultad del fiscal de Control Administrativo de la Oficina Anticorrupción, órgano dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, para constituirse en parte querellante en las actuaciones que dieran origen a esta cuestión.

El recurrente impugna el rechazo del remedio extraordinario por considerar que en la sentencia en crisis se incurrió en arbitrariedad en razón de que se había efectuado una errónea interpretación del derecho aplicable y se fundamentó exclusivamente sobre la base de afirmaciones dogmáticas.

– II –

Existe en el caso cuestión federal suficiente toda vez que la arbitraria interpretación de las normas procesales en la resolución recurrida restringió el acceso a esa instancia, impidiendo, en consecuencia, el examen de la cuestión federal directa suscitada por la discuti-

ble hermenéutica de las normas de carácter federal en juego (leyes 24.496 y 25.233 y decreto 1023/99) y su armonización con el art. 120 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, la Cámara Nacional de Casación Penal basa su rechazo –y el del recurso de casación– en que, conforme la doctrina del precedente "Rizzo" (Fallos: 320:2118), la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal constituye el "superior tribunal" a los efectos de la interposición del recurso extraordinario y, por otro lado, en que las cuestiones en torno a la aptitud para ser parte querellante no son equiparables a sentencia definitiva.

– III –

Desde Fallos: 317:1346 el Tribunal ha señalado que la Cámara Nacional de Casación Penal posee, en el nuevo ordenamiento procesal, facultades revisoras no sólo respecto de aquellas resoluciones que dicten los tribunales orales, sino, también, de las que adopten los jueces de instrucción. Posteriormente, en Fallos: 318:514, se resaltó su función como "tribunal intermedio" creado para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado, sea porque ante él pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto más elaborado (del considerando 13).

Es decir, aquel tribunal se encuentra facultado para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a la decisión final de la Corte Suprema (del voto del juez Enrique Santiago Petracchi en Fallos: 320:277). Es en este sentido que se ha considerado que su intervención era requerida para satisfacer el requisito de "tribunal superior" en asuntos relacionados, por ejemplo, con las inmunidades fundadas en el art. 120 (Fallos: 319:2799) o en los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución Nacional (Fallos: 319:585), nulidades procesales (Fallos: 320:277) o sobre sentencias tachadas de arbitrarias (Fallos: 321:3663).

Este principio general reconoce excepciones en los casos en que se encuentra en juego la libertad personal del reclamante. Es por esta razón que se admitió el ingreso inmediato a esta instancia extraordi-

naria en los procesos de *habeas corpus* (Fallos: 321:3611) o cuando se impugna la prisión preventiva (P.1042.XXXVI. *in re* "Panceira, Gonzalo y otros s/ asociación ilícita" resuelta el 16 de mayo del corriente) o la denegatoria de la excarcelación (Fallos: 321:3630 y 322:1605) o en situaciones como la del precedente invocado por la casación, en el que se había rechazado en las instancias anteriores una solicitud de exención de prisión.

En conclusión, la cámara se basó en el *sub lite* en una postura del Tribunal inaplicable al presente.

– IV –

También es susceptible de la misma crítica la consideración de que no se encuentra cumplido el requisito de "sentencia definitiva".

Sobre este tópico, en otra oportunidad V.E. consideró que la exclusión de la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal se basa en un principio insostenible si lo hace en un concepto de sentencia definitiva (art. 457 del Código Procesal Penal) más restrictivo que el del art. 14 de la ley 48 que regla el acceso a la Corte, cuando ambos, en esencia, se vinculan a pronunciamientos que causan agravio de imposible reparación ulterior (del voto del juez Adolfo Roberto Vázquez en Fallos: 320:1919).

En el rechazo, la casación circunscribe este requisito a la resolución "...que con su dictado dirima la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación" o las equiparadas a sentencia definitiva por el art. 457, esto es, "los autos que pongan fin a la acción, a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena" (fs. 1/1 vta.). Como se advierte, se omite considerar todas aquellas disposiciones que V.E. ha equiparado a sentencia definitiva por causar un gravamen irreparable o de imposible o tardía reparación ulterior (doctrina de Fallos: 247:181; 301:590; 304:625; 307:1114 y 2162; 308:984; 318:1956; 320:448; 321:756, entre muchos otros).

– V –

En cuanto a la existencia de agravio para esta parte por la inclusión del titular de la Oficina Anticorrupción como contendiente en

este proceso, no debe olvidarse que el oficio fiscal tiene por naturaleza el exclusivo objeto de pedir la observancia y aplicación de la ley (Fallos: 16:210) y es en defensa de la legalidad (F.787.XXXVI. *in re* "Felicetti, Roberto y otros", resuelta el 21 de diciembre de 2000) y el orden jurídico en general (Fallos: 319:1855) en que este Ministerio Público ha actuado, en virtud del mandato constitucional que así se lo exige (art. 120 de la Constitución Nacional), razón por la cual y en defensa del debido proceso habré de mantener este recurso, remitiéndome en un todo a las consideraciones del representante de este Ministerio Público en la instancia anterior.

Además, téngase en cuenta que, en este caso, el agravio es imposible de ser subsanado al momento del dictado de la sentencia final, cuando el tratamiento de la cuestión sería ya estéril, ni tampoco corresponde aplazar la cuestión a momentos posteriores del proceso: la inclusión de una persona ajena produce una afectación que debe ser reparada al momento de verificarse, siendo irrazonable postergarlo a etapas posteriores sin mengua del correcto desenvolvimiento de este procedimiento.

– VI –

No escapa al suscripto que, en principio, las resoluciones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales de la causa son ajenas a la instancia de excepción (Fallos: 302:1134; 307:474; 311:357 y 519; 313:77) pero tal doctrina no puede aplicarse de manera irrestricta cuando –como acontece en el presente– el tribunal *a quo* incurrió en un excesivo rigor formal al ponderar las exigencias legales de la apelación (Fallos: 310:1000; 311:148 y 1721; 322:702).

En base a estos principios, en mi opinión, la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal es impugnable por esta vía en base a la doctrina de la arbitrariedad ya que, cuando el pronunciamiento conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea suficiente se traduce en una violación de la garantía de debido proceso (Fallos: 311:1446; 312:426; 314:564; 316:1057; 317:502; 318:1583; 319:88; 320:193, 399 y 1939; 321:2243; 322:87, 1605 y 2080; 323:798 y 800, entre otros), por lo que el Tribunal se halla habilitado para descalificar lo resuelto por los magistrados de la causa (Fallos: 302:176 y sus citas).

Por todo lo expuesto, mantengo la queja deducida por el señor fiscal de cámara y solicito se haga lugar al recurso extraordinario y se deje sin efecto la sentencia apelada, debiendo devolverse los autos al tribunal *a quo* para que se dicte un nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 18 de octubre de 2001. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Alderete, Víctor Adrián s/ causa N° 3056", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el caso guarda sustancial analogía con lo resuelto por esta Corte en la causa "Alderete" (Fallos: 326:2514) –disidencia del juez Fayt– a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se desestima la queja. Hágase saber y archívese.

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

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

Que el caso guarda sustancial analogía con lo resuelto por esta Corte en la causa "Alderete" (Fallos: 326:2514) –disidencia del juez

Belluscio– a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se desestima la queja. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oído el señor Procurador General se desestima la queja. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación origina esta queja no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, y oído el señor Procurador General se desestima la queja. Hágase saber, devuélvanse los autos principales y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR
PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL
SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el caso guarda sustancial analogía con lo resuelto por esta Corte en la causa "Alderete" (Fallos: 326:2514) –voto del juez Petracchi– a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese copia del precedente citado. Hágase saber, acumúlese al principal y devuélvanse al *a quo* a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DOCTORA
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que el caso guarda sustancial analogía con lo resuelto por esta Corte en la causa "Alderete" (Fallos: 326:2514) a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese copia del precedente citado. Hágase saber, acumúlese al principal y devuélvanse al *a quo* a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto.

JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Raúl Oman Pleé fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal.**
Tribunal de origen: **Sala II Cámara Nacional de Casación Penal.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 7.**

ALBERTO ELIAS ABUD Y OTROS
v. SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario cuya denegación la origina, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Si bien el recurso extraordinario interpuesto no constituye el estudio apropiado a la delicadeza de la materia en cuestión –impugnación de la ley de educación sexual 9501 de Entre Ríos, por violatoria de los derechos de la patria potestad, la salud y la vida–, corresponde solicitar la remisión de los autos principales y dar intervención al Procurador General, si la apelación cuenta con algunos fundamentos que bastan para sustentarla, considerando la trascendencia institucional de la materia federal (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Abud, Alberto Elías y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación origina esta presentación directa, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

Por ello, se desestima la queja. Reintégrese el depósito por no corresponder. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que en el presente amparo se debaten cuestiones relativas a la constitucionalidad de los arts. 2, incs. a y e; 4; 5, incs. 2 y 4 y 7, incs. 1, 2, 4 y 5 de la ley 9501 de la Provincia de Entre Ríos. Los actores impugnan las normas citadas sobre salud sexual y reproductiva y educación sexual por violación de los derechos de la patria potestad de la salud y la vida.

Que si bien es verdad que el recurso extraordinario deducido contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos no constituye el estudio apropiado a la delicadeza de la materia en cuestión, cuenta con algunos fundamentos que bastan para sustentarlo; particularmente considerando la trascendencia institucional de aquella materia federal traída en queja.

Por ello, solicito la remisión de los autos principales y con ellos dése la intervención que corresponde al señor Procurador General de la Nación.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso de hecho interpuesto por **Abud, Alberto Elias y otros,** representados por **el Dr. Emilio Jordán Cura.**
Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 3 de Paraná.**

BANCO DEL CHUBUT S.A. v. POLYCHACO S.A. Y OTRO

RECURSO DE QUEJA: Fundamentación.

La fundamentación de la presentación directa debe ser autónoma, lo que supone, además de su autosuficiencia, hacerse cargo de todas las razones expuestas en la denegatoria, realizando una crítica eficaz de los considerandos por los cuales el *a quo* rechazó el remedio extraordinario.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO DE QUEJA: Fundamentación.

Corresponde desestimar la queja si se rechazó el recurso extraordinario con el fundamento de que la sentencia se basó en cuestiones y principios de derecho común y el quejoso no logra demostrar lo contrario, ya que sólo hace notar que no se han tomado en cuenta sus argumentos referidos a la aplicación del sistema normativo federal, pero no logra dar una explicación concluyente en punto a por qué se debió hacer así, cuando la discusión sobre el fondo de la cuestión se basó en el consentimiento prestado por la propia ejecutante para no aplicarlo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Interés para impugnar la constitucionalidad.

Con relación a los derechos patrimoniales, hay hipótesis en que una ley en su aplicación al caso particular debe ser sostenida a causa de que la parte que la objeta, por un acto anterior, ha excluido la posibilidad de ser oída sobre su validez, ya que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esa protección (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Interés para impugnar la constitucionalidad.

El voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de propiedad.

Las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su

conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías, o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Interés para impugnar la constitucionalidad.

No puede peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, el particular que después de la iniciación del juicio renunció –expresa o tácitamente– al derecho que alega (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Introducción de la cuestión federal. Oportunidad. Planteamiento en el escrito de interposición del recurso extraordinario.

Si el actor no sólo consintió las providencias que habían ordenado librar los mandamientos de intimación de pago y trabar embargo sino que al solicitar el dictado de la sentencia el acreedor tampoco pidió que se tuviera en cuenta el reclamo inicial formulado en moneda extranjera, las objeciones acerca de que había consentido el libramiento de los mandamientos por entender que la cuestión atinente a la moneda de pago en un juicio ejecutivo debía resolverse en la sentencia definitiva, quedan sin sustento e importan una reflexión tardía que no habilita la intervención del Tribunal, máxime cuando ese argumento no fue sometido a consideración de los jueces de las instancias ordinarias (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que confirmó la de la anterior instancia, y dejó firme la transformación de dólares a pesos del monto a ejecutar en la presente causa, la actora –Banco de Chubut S.A.– interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja.

Para así decir el juzgador sostuvo que las providencias de fojas 47/8 y de fojas 84/5, que intimaron a los ejecutados a pagar el monto y

los intereses determinados en pesos, fueron dictadas cuando ya estaban vigentes las normas legales que impusieron la denominada "pesificación" y fueron realizadas por el banco sin objetar dichos guarismos (cfme. surge de fojas 53 y 86).

Por tal razón –continuó– la resolución del inferior se adecuó a los antecedentes de la causa, dado que la institución bancaria consintió la pesificación de las sumas objeto de condena, con anterioridad al dictado de tal sentencia, de modo que no se encontraba habilitada a cuestionar una decisión que había aprobado con anterioridad, en virtud de la doctrina de los actos propios.

En su escrito de su recurso extraordinario, el ahora quejoso, sostuvo que en el *sub lite* no se trata de apreciar cuestiones de hecho o de derecho común, sino que de oficio –dado que los ejecutados no habían interpuesto excepciones– se ha aplicado una ley dictada por el Congreso de la Nación que, conforme sus propias normas, resulta inaplicable al caso de autos, con lo que se vulneró groseramente sus derechos de propiedad y de defensa en juicio.

Asegura que, toda vez que no fue invocada la legislación de emergencia por la parte beneficiaria de la misma, el Juez no puede suplir su voluntad fallando *ultra petita* y dejando de lado el principio dispositivo, como ha ocurrido en autos. Asimismo, sostiene que por tal circunstancia se ha cambiado el objeto de la obligación, que era la de dar sumas de dinero en moneda extranjera transformándola en sumas de moneda nacional.

Por otro lado, asevera que consintió que los mandamientos referidos fuesen librados en pesos, por cuanto la jurisprudencia de la citada Cámara disponía que la intimación de pago y, consecuentemente, las medidas cautelares que se dicten durante el trámite, debían disponerse en pesos conforme lo establecido por el artículo 11 de la ley 25.561 y normas complementarias. Por tal motivo –continúa– su parte no se agravió de dichas resoluciones, toda vez que el monto definitivo debería ser determinado en la decisión del inferior.

Expresa que la sentencia en recurso no resulta susceptible de revisión posterior, razón por la cual los agravios que esgrime son de imposible reparación ulterior, como así también que la cuestión debatida excede el interés particular de las partes y afecta de manera di-

recta al de la comunidad, circunstancias que habilitan la intervención del Alto Tribunal.

A su turno, el *a quo* rechazó el extraordinario remedio alegando, en lo substancial, que la sentencia recurrida había dirimido cuestiones de derecho común mediante el empleo de normas procesales, y la ponderación de la conducta de la pretensora seguida durante el juicio. Agregó, también, que su pronunciamiento respetó el principio de congruencia y la jerarquía de las normas vigentes, lo que surgió de su desarrollo y fundamento, circunstancia que elimina el riesgo de la arbitrariedad.

– II –

Alega la quejosa que el auto denegatorio del recurso extraordinario es insuficiente, violando la obligación de que los jueces deben fundar sus sentencias, estipulada por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Explica que en el fallo mediante el cual se denegó el remedio federal interpuesto, el tribunal partió de la errada afirmación de que los agravios vertidos en él se limitaban a cuestiones de derecho procesal y local, ajenas por ello la instancia extraordinaria reclamada. Consecuentemente, ni siquiera consideró los agravios referidos a que en autos, de oficio, se ha aplicado una ley dictada por el Congreso de la Nación (25.561) que, conforme lo estipulan sus normas, no prevé el caso que se ventila en esta causa, con lo que se violó el derecho de propiedad de su parte, configurándose así la cuestión federal que habilita excepcional instancia.

Afirma que el basamento dado por el sentenciador para rechazar el recurso extraordinario, demuestra que recurrió a una fórmula utilizada cuando no se quiere reconocer el evidente apartamiento de las reglas y principios básicos que rigen las relaciones contractuales entre las partes.

Continúa diciendo que los jueces no están obligados a refutar cada uno de los argumentos propuestos, pero también deben considerar la defensas que resultan conducentes para la solución del litigio, pues de lo contrario se violaría el derecho de defensa en juicio. En este marco

–dice– el juzgador no rebatió ninguno de los argumentos dados por su parte en el aspecto fundamental del problema (la pesificación del monto), limitándose a emitir manifestaciones dogmáticas, prescindiendo, también de lo que surge de las propias constancias de la causa.

En lo que hace al fondo de la cuestión esgrimió similares reflexiones a las ya expuestos más arriba.

– III –

Toda vez que V.E. tiene reiteradamente dicho que la fundamentación de la presentación directa debe ser autónoma (Fallos: 289:66; 302:1140; 304:1160, ente otros), lo que supone, además de su autosuficiencia, hacerse cargo de todas las razones expuestas en la denegatoria, realizando una critica eficaz de los considerandos por los cuales el *a quo* rechazó el remedio extraordinario (v. entre otros Fallos: 302:183, 1529; 303:331, 484; 307:723; 323:2205), estimo que la queja interpuesta no es procedente.

Así lo pienso desde que el juzgador rechazó el recurso extraordinario con el fundamento de que su sentencia se ha basado en cuestiones y principios de derecho común, y el quejoso no logra demostrar lo contrario, ya que sólo hace notar que no se han tomado en cuenta sus argumentos referidos a la aplicación del sistema normativo federal mencionado, pero no logra dar una explicación concluyente en punto a por qué se debió hacer así, cuando la decisión sobre el fondo de la cuestión se basó en el consentimiento prestado por la propia ejecutante para no aplicarlo.

De todos modos, los agravios expuestos, tanto en el escrito del recurso extraordinario como en el directo, no logran conmover la solución de fondo a la que arribó el sentenciador, dado que el único argumento tendiente a ello resulta inatendible por su tardía introducción. Ello es así, toda vez que afirma que no cuestionó los guarismos determinados en los mandamientos de fojas 47/48 y 84/85 por entender que, de acuerdo a una jurisprudencia de la misma Cámara, la suma que en definitiva se ejecutara sería determinada en la sentencia de Primera Instancia, argumento que no fue apelado ante el juzgador, lo que impidió su tratamiento (v. fs. 14 y 15 del cuadernillo de queja) y sólo fue introducido en oportunidad de interponer el recurso extraordinario.

Por tanto, opino que se debe desestimar la queja. Buenos Aires, 17 de junio de 2004. *Felipe D. Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Banco del Chubut S.A. c/ Polychaco S.A. y otro", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, se desestima esta presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*según su voto*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que confirmó el de primera instancia que había mandado llevar adelante la ejecución hasta hacerse al acreedor íntegro pago del capital adeudado, con más sus intereses y las costas del juicio, el ejecutante dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que para adoptar esa decisión, el tribunal sostuvo que si bien era cierto que el acreedor había reclamado inicialmente el pago de U$S 385.000, después consintió las providencias que, con posterioridad a la fecha que entraron en vigencia las normas de emergencia económica, ordenaron intimar a los deudores a pagar al actor la suma de $ 385.000 en concepto de capital y $ 193.000 para responder –provisoriamente– a intereses y costas.

3°) Que el *a quo* expresó también –con sustento en la doctrina de los actos propios– que al haber consentido el libramiento de los mandamientos en esas condiciones, el ejecutante no estaba habilitado para impugnar una decisión anterior que había quedado firme.

4°) Que la decisión de la cámara se apoya en la antigua y uniforme doctrina de esta Corte, desarrollada a partir de Fallos: 149:137, según la cual, con relación a los derechos patrimoniales, hay hipótesis en que una ley en su aplicación al caso particular debe ser sostenida a causa de que la parte que la objeta, por un acto anterior, ha excluido la posibilidad de ser oída sobre su validez; ya que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esa protección (Cooley, "Constitutional Limitations", 7a. ed. pág. 250, citada asimismo en Fallos: 184:361 y en el dictamen del señor Procurador General en Fallos: 311:1695 –esp. pág. 1703, al que se remitió el Tribunal– en cuanto a la aplicación de esta regla por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos –conf. causa: C.124.XL, "Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/ P.E.N. ley 25.561, decretos 1570/2001 y 214/2002 s/ amparo", del 13 de julio de 2004–).

5°) Que en tal línea de razonamiento, esta Corte ha sostenido reiteradamente que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (Fallos: 149:137; 170:12; 175:262; 184:361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922). También ha dicho –sobre la base del criterio enunciado en el considerando anterior– que las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y que ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan

acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías (Fallos: 255:216, considerando 3°) o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar (Fallos: 187:444; 275:235; 279:283 y sus citas). En tal orden de ideas, el Tribunal ha concluido que no puede peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, el particular que después de la iniciación del juicio renunció –expresa o tácitamente– al derecho que alega (Fallos: 249:51 y la ya citada causa "Cabrera").

6°) Que con referencia a los hechos de este proceso, cabe señalar que el actor no sólo consintió las providencias que habían ordenado librar los mandamientos de intimación de pago en pesos por la suma de $ 385.000, convertidos conforme ley 25.561 y decreto 214/2002 (conf. fs. 47/48 y 84/85), y trabar embargo por idéntico importe sobre el inmueble denunciado (fs. 56), sino que al solicitar el dictado de la sentencia el acreedor tampoco pidió que se tuviera en cuenta el reclamo inicial formulado en moneda extranjera.

7°) Que desde esa perspectiva, las objeciones de la parte acerca de que había consentido el libramiento de los mandamientos de intimación de pago por entender que la cuestión atinente a la moneda de pago en un juicio ejecutivo debía resolverse en la sentencia definitiva, quedan sin sustento e importan una reflexión tardía que no habilita la intervención del Tribunal, máxime cuando ese argumento no fue sometido a consideración de los jueces de las instancias ordinarias.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal se desestima esta presentación directa y se da por perdido el depósito. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **el Banco del Chubut Sociedad Anónima,** representado por la Dra. **Sandra Elisabeth Braillard.**
Tribunal de origen: **Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10, secretaría N° 100.**

BEATRIZ HERMINIA DI NUNZIO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario constituye una cuestión previa, que obliga a la Corte a considerar si al momento de su interposición se fundan adecuadamente aquellas cuestiones.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.

Las resoluciones que privan la libertad personal del imputado con anterioridad al dictado de una condena, si bien no son definitivas en sentido estricto, puesto que no ponen fin al juicio, resultan equiparables ya que ocasionan un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior y por lo tanto requieren tutela inmediata.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La instauración en el sistema de organización judicial nacional de la Cámara Nacional de Casación Penal modificó la concepción tradicional hasta entonces dada al concepto de tribunal superior otorgándole la calidad de tribunal intermedio ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, máxime si los agravios invocados involucran una cuestión federal.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Ante las disímiles interpretaciones a que ha dado lugar el cumplimiento del recaudo del superior tribunal, es misión de la Corte afianzar una pauta jurisprudencial que contribuya a fortalecer la seguridad jurídica y de tal modo evite situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación al fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

En tanto la Corte Suprema resulta ser el intérprete final y último de la Constitución Nacional, el tribunal superior de la causa a los efectos de los recursos extraordinarios regulados por las leyes 48 y 4055, será el anteúltimo órgano jurisdiccional en expedirse sobre la cuestión federal debatida, en consecuencia, en el ámbito de la justicia penal nacional, será la Cámara Nacional de Casación Penal.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La Cámara Nacional de Casación Penal se encuentra facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a la decisión final de la Corte Suprema.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La regulación establecida por el ordenamiento procesal vigente no impide la revisión de sentencias ya que si bien el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación hace referencia al concepto de sentencia definitiva, el art. 14 de la ley 48 y el art. 6 de la ley 4055 contienen idéntica redacción, sin perjuicio de lo cual la Corte desde hace varias décadas ha establecido el concepto de sentencia equiparable a definitiva para aquellos pronunciamientos que si bien no ponen fin al pleito, pueden generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, y por lo tanto requieren tutela judicial inmediata.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

El concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento.

LEY: Interpretación y aplicación.

En supuestos en los que se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, de la manera que mejor se compadezcan y armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso, incluso, en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

JURISPRUDENCIA.

Teniendo en cuenta que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no ha sido precedida por una jurisprudencia uniforme, la aplicación en el tiempo del nuevo criterio sentado, ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance, por lo que corresponde aplicarlo a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a este fallo, ya que no puede soslayarse la situación a la que se vería reducido el recurrente que apeló por el art. 14 de la ley 48, tal como hasta este momento lo interpretaba el Tribunal conforme las reglas de otro precedente.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Si el tribunal que dictó la sentencia no es el tribunal superior de la causa de acuerdo al nuevo criterio jurisprudencial, ello no puede configurar un obstáculo para que sean atendidos los agravios de la defensa, ya que de otro modo se estarían vulnerando sus derechos, máxime si lo que está en juego es la libertad del imputado durante el proceso, por lo cual corresponde remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que aquélla pueda ejercer sus derechos y agravios federales involucrados mediante el recurso correspondiente ante el tribunal intermedio, habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes a partir de la notificación de la radicación de los autos en la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario, cuya denegación la motiva no se dirige contra la sentencia del superior tribunal de la causa (Disidencia parcial del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

Corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario cuya denegación la origina no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48) (Disidencia parcial del Dr. Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que confirmó la resolución que no hizo lugar a la solicitud de excarcelación es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia parcial del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible el recurso extraordinario si la defensa no alegó que la denegatoria de la excarcelación dispuesta por los jueces de la causa altere alguna de las garantías constitucionales que, como la que limita su duración, regulan directamente la restricción de la libertad durante el proceso penal (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

Los casos resueltos por aplicación de derecho común y de las leyes procesales respectivas no constituyen materia federal que pueda dar lugar al recurso extraordinario, de acuerdo con la recta interpretación de los artículos 14 y 15, última parte, de la ley 48 (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

No habiéndose planteado una cuestión federal, no corresponde entrar a considerar cuál es el tribunal superior de la causa, es decir, aquel que, al resolver dicha cuestión federal en última instancia, habilitaría la competencia de la Corte (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Beatriz Herminia Di Nunzio en la causa Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación –causa N° 107.572–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que confirmó la resolución de primera instancia que no hizo lugar a la solicitud de excarcelación a favor de Beatriz Herminia Di Nunzio en la causa que se le sigue en orden a los delitos previstos en los arts. 172 y 173, inc. 7°, del Código Penal, la defensa dedujo recurso extraordinario, cuyo rechazo dio origen a la presente queja.

2°) Que tanto en la queja como en el recurso extraordinario denegado, la defensa sostuvo que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad reviste el carácter de superior tribunal de la causa, toda vez que de acuerdo con el ordenamiento procesal vigente, las cuestiones federales planteadas contra el auto impugnado –resolución denegatoria de una excarcelación–, no podían ser revisadas por otro tribunal intermedio integrante de la justicia nacional.

Asimismo, invocó en favor de su postura distintos precedentes de esta Corte en materia de sentencias equiparables a definitivas y sobre el concepto de superior tribunal de la causa a los efectos del recurso establecido en la ley 4055, en función del art. 14 de la ley 48.

3°) Que, sin embargo, el *a quo* rechazó la apelación federal por considerar que el pronunciamiento impugnado no había sido dictado por el tribunal superior de la causa, con competencia para habilitar la vía extraordinaria, citando en este sentido distintos pronunciamientos de este Tribunal en los que se le otorga a la Cámara Nacional de Casación Penal el carácter de tribunal intermedio en el ámbito de la justicia nacional, entre las cámaras nacionales o federales de apelaciones y Corte Suprema.

4°) Que el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario constituye una cuestión previa, que obliga a la Corte a considerar si al momento de su interposición se fundan adecuadamente aquellas cuestiones (Fallos: 320:2118).

5°) Que en este sentido cabe destacar que las resoluciones que privan la libertad personal del imputado con anterioridad al dictado de una condena, si bien no son definitivas en sentido estricto, puesto que no ponen fin al juicio, resultan equiparables ya que ocasionan un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior y por lo tanto requieren tutela inmediata (confr. Fallos: 314:791; 316:1934 y sus citas; 317:1838 y sus citas; 320:2326, entre otros).

6°) Que además de que las sentencias sean definitivas o equiparables a éstas, deben haber sido dictadas por los tribunales superiores de la causa, es decir que hayan pasado por todas las instancias anteriores posibles de acuerdo con el ordenamiento procesal. Esto último es lo que se cuestiona en las presentes, es decir, la determinación del

tribunal superior en materia penal en el ámbito de la justicia nacional a los efectos del recurso extraordinario, de acuerdo con el régimen procesal vigente, en los casos relativos a privaciones de libertad en el curso de un proceso.

7°) Que esta Corte en los precedentes "Strada" y "Di Mascio" (Fallos: 308:490 y 311:2478, respectivamente), tuvo oportunidad de determinar el requisito de tribunal superior de la causa a los efectos del recurso extraordinario en el orden provincial, estableciéndose que previo a habilitarse la vía que abriera la competencia extraordinaria de esta Corte para las causas provenientes de la justicia provincial, las mismas debían ser tratadas por el máximo tribunal de la jurisdicción respectiva.

8°) Que en la justicia penal nacional hasta la sanción de las leyes 23.984 y 24.050 el carácter de superior tribunal de la causa lo revestían la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y las distintas cámaras federales de apelaciones, según lo dispuesto en el art. 6° de la ley 4055.

Sin embargo, la instauración en el sistema de organización judicial nacional de la Cámara Nacional de Casación Penal, modificó la concepción tradicional hasta entonces dada. Fue así que esta Corte, a partir del precedente "Giroldi" (Fallos: 318:541) y en diversos precedentes posteriores, otorgó a la Cámara Nacional de Casación Penal la calidad de tribunal intermedio ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, máxime si los agravios invocados, como en el presente caso, involucran una cuestión federal (Fallos: 318:514; 319:585; 325:1549).

9°) Que ante "las disímiles interpretaciones a que ha dado lugar el cumplimiento del recaudo del superior tribunal en los términos del art. 14 de la ley 48... es misión de esta Corte afianzar una pauta jurisprudencial que contribuya a fortalecer la seguridad jurídica y de tal modo evite situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación al fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho" (Fallos: 326:3976 considerando 6° y su cita, votos de los jueces López y Vázquez).

10) Que la doctrina señalada *in re* “Giroldi” sirvió para establecer el derecho al recurso del imputado garantizado por el art. 8.2.h de la C.A.D.H. –tema que no puede ser identificado con el tratado en este caso–. Sin embargo, en dicho precedente, se sentaron las bases sobre la necesidad del establecimiento de tribunales intermedios “creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado” (Fallos: 318:514).

11) Que si bien es cierto que no debe confundirse el concepto de superior tribunal de la causa con aquel órgano jurisdiccional jerárquicamente más elevado en la organización judicial –puesto que ello dependerá del tipo de proceso en concreto que se trate, pero por sobre todas las cosas, de la cuestión federal a tratar; y por lo tanto el tribunal superior de la causa será aquel órgano judiciario con facultades para pronunciarse en último lugar sobre la cuestión federal a dirimir (Fallos: 307:560)–; en casos como el que se nos plantea, esta identidad existe ya que la Cámara Nacional de Casación Penal, está “facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales” (conf. Fallos: 320:2118 y sus citas –disidencia de los jueces Petracchi y Bossert–; 321:1385; 324:1632 –disidencia del juez Petracchi–; 325:159 y 503, entre otros).

Ello es así en tanto que esta Corte resulta ser el intérprete final y último de la Constitución Nacional, hecho por el cual el tribunal superior de la causa a los efectos de los recursos extraordinarios regulados por las leyes 48 y 4055, será el anteúltimo órgano jurisdiccional en expedirse sobre la cuestión federal debatida, en consecuencia, en el ámbito de la justicia penal nacional, la Cámara Nacional de Casación Penal se erige como tribunal superior de la causa, a los efectos del recurso extraordinario.

En síntesis, el tribunal de casación se encuentra facultado para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a la decisión final de la Corte Suprema (Fallos: 320:277, voto del juez Petracchi; A.855 XXXVII “Autopista Rosario – Buenos Aires s/ averiguación art. 194 del Código Penal” dictamen del señor Procurador Fiscal de fecha 25 de febrero de 2002).

12) Que la regulación establecida por el ordenamiento procesal vigente no impide la revisión de sentencias como la recurrida en las presentes, ya que si bien el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, hace referencia al concepto de sentencia definitiva, el art. 14 de la ley 48 y el art. 6 de la ley 4055, contienen idéntica redacción; sin perjuicio de lo cual esta Corte desde hace ya varias décadas ha establecido el concepto de sentencia equiparable a definitiva para aquellos pronunciamientos que si bien no ponen fin al pleito, pueden generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, y por lo tanto requieren tutela judicial inmediata.

Corresponde entonces afirmar que el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario, no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento conforme la doctrina de esta Corte.

Cualquier otra interpretación del art. 457 del Código Procesal Penal, conlleva un excesivo formalismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso. Ello es así pues, en la medida que esta Corte ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones, aún antes de la sentencia definitiva, acerca del alcance de las mismas disposiciones constitucionales que encierra la cuestión federal invocada en el recurso extraordinario (Fallos: 14:223; 135:250; 139:67; 284:359 y 308:2091).

Finalmente y en este orden de ideas, cabe concluir que “en supuestos como el presente en los que se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de la manera que mejor se compadezcan y armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (Fallos: 256:24; 261:36; 307:843; 310:933 y sus citas)... incluso, que en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas (Fallos: 303:1007, 1118 y 1403, entre otros)” (conf. dictamen del señor Procurador General en Fallos: 319:585).

13) Que en virtud de lo expuesto, corresponde afirmar que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

De esta forma, se estarían equiparando las situaciones reguladas por el art. 14 de la ley 48 (recurso extraordinario federal), y por el art. 6 de la ley 4055 (recurso extraordinario en el ámbito de la justicia nacional), tomando un criterio común como elemento, que es el tribunal de más alto rango en cada caso, previo a su ingreso en esta Corte. Para las justicias provinciales, las cortes o los superiores tribunales de provincia –independientemente del recurso con el que se acceda a ellos–, y en el ámbito de la justicia penal nacional la Cámara Nacional de Casación Penal.

14) Que, en consecuencia, el tribunal que dictó la sentencia contra la que se dirige el recurso extraordinario en el caso, no es el tribunal superior de la causa, según el art. 14 de la ley 48.

15) Que sin perjuicio de lo enunciado, no escapa al juicio del Tribunal, que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no ha sido precedido por una jurisprudencia uniforme, razón por la cual la aplicación en el tiempo del nuevo criterio asentado, ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance (Fallos: 308:552), por ende corresponde aplicarlo a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a este fallo; puesto que no puede soslayarse la situación a la que se vería reducido el recurrente que apeló por el art. 14, tal como hasta este momento lo interpretaba el Tribunal conforme las reglas del precedente “Rizzo” (Fallos: 320:2118), que podría decirse, regulaba la materia que se discute en la presente.

Por estos motivos, este nuevo criterio jurisprudencial en cuanto al cumplimiento de los requisitos propios del recurso extraordinario, no puede configurar un obstáculo para que sean atendidos los agravios de la defensa, ya que de otro modo se estarían vulnerando sus derechos, máxime si lo que está en juego es la libertad del imputado durante el proceso.

16) Que corresponde entonces, a los efectos de no contrariar el criterio explicitado, ni tampoco vulnerar los derechos del recurrente, remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que la defensa –a quien ya se le ha garantizado el derecho al recurso en la instancia de apelación– pueda ejercer sus derechos y agravios federales involucrados mediante el recurso correspondiente ante el tribunal intermedio; habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes a partir de la notificación de la radicación de los autos en la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional.

Ello así, ya que "cabe concluir que la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en el *sub examine*..., lejos de constituir un obstáculo a las garantías del imputado en el proceso penal, importa el aseguramiento de su ejercicio pleno" (Fallos: 324:4076, voto del juez Fayt).

Cabe destacar que esta solución además de garantizarle al imputado una instancia más de revisión, no dilata el tratamiento de la libertad del imputado, pues la denegatoria que se impugna, no tiene por qué demorar más su trámite en el tribunal intermedio que en esta Corte. Por el contrario, genera una posibilidad más de debate sobre la cuestión federal involucrada, donde la defensa puede encontrar la reparación de su agravio.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y oportunamente remítase al tribunal de origen conforme lo enunciado en el considerando 16. Hágase saber y exímase del depósito al recurrente en virtud de los antecedentes del caso.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó esta queja, no se dirige contra una sentencia del superior tribunal de la causa.

2°) Que sin perjuicio de lo enunciado, no escapa al juicio del Tribunal, que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no ha sido precedido por una jurisprudencia uniforme, razón por la cual la aplicación en el tiempo del nuevo criterio asentado, ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance (Fallos: 308:552), por ende corresponde aplicarlo a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a este fallo; puesto que no puede soslayarse la situación a la que se vería reducido el recurrente que apeló por el art. 14, tal como hasta este momento lo interpretaba el Tribunal conforme las reglas del precedente "Rizzo" (Fallos: 320:2118), que podría decirse, regulaba la materia que se discute en la presente.

Por estos motivos, este nuevo criterio jurisprudencial en cuanto al cumplimiento de los requisitos propios del recurso extraordinario, no puede configurar un obstáculo para que sean atendidos los agravios de la defensa, ya que de otro modo se estarían vulnerando sus derechos, máxime si lo que está en juego es la libertad del imputado durante el proceso.

3°) Que corresponde entonces, a los efectos de no contrariar el criterio explicitado, ni tampoco vulnerar los derechos del recurrente, remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que la defensa –a quien ya se le ha garantizado el derecho al recurso en la instancia de apelación– pueda ejercer sus derechos y agravios federales involucrados mediante el recurso correspondiente ante el tribunal intermedio; habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes a partir de la notificación de la radicación de los autos en la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional.

Ello así, ya que "cabe concluir que la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en el *sub examine*..., lejos de constituir un obstáculo a las garantías del imputado en el proceso penal, importa el aseguramiento de su ejercicio pleno" (Fallos: 324:4076, voto del juez Fayt).

Cabe destacar que esta solución además de garantizarle al imputado una instancia más de revisión, no dilata el tratamiento de la libertad del imputado, pues la denegatoria que se impugna, no tiene por qué demorar más su trámite en el tribunal intermedio que en esta

Corte. Por el contrario, genera una posibilidad más de debate sobre la cuestión federal involucrada, donde la defensa puede encontrar la reparación de su agravio.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y oportunamente remítase al tribunal de origen conforme lo enunciado en el considerando 3°. Hágase saber y exímase del depósito al recurrente en virtud de los antecedentes del caso.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR
PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó esta queja, no se dirige contra la sentencia del superior tribunal de la causa.

Por ello, se desestima la queja. Intímese 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 y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR
VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se desestima la queja. Intímese 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 y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA PARCIAL DEL
SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisible (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, 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.

ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA PARCIAL DE LA
SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la resolución de primera instancia por la cual se había denegado la excarcelación de Beatriz Herminia Di Nunzio. Contra esa decisión la defensa interpuso recurso extraordi-

nario federal, fundado en la arbitrariedad de la sentencia, cuya denegatoria motivó la presente queja.

2°) Para fundar el rechazo del recurso extraordinario, la cámara sostuvo que la decisión impugnada no había sido dictada por "un tribunal superior" a esa Sala "con competencia para habilitar la vía extraordinaria", cual era la Cámara Nacional de Casación Penal. Citó en su apoyo el precedente "Villegas" (Fallos: 320:277) de esta Corte.

3°) En su recurso de queja, la defensa se dedica a cuestionar el fundamento dado por la Cámara de Apelaciones para rechazar el recurso extraordinario. Para ello, invocó diversos precedentes de esta Corte en los que se había admitido el remedio federal contra decisiones que rechazaban la excarcelación del imputado ("Estévez" –Fallos: 320:2105–, "Rizzo" –Fallos: 320:2119– y "Napoli" –Fallos: 321:3630–).

4°) Tanto la decisión de la Cámara como la de la jueza de primera instancia fueron tomadas en el marco de una causa seguida contra Di Nunzio por los delitos previstos en los artículos 173 y 172 del Código Penal y se apoyaron en el artículo 319 del Código Procesal de la Nación. Este último, cuya constitucionalidad no ha sido materia de controversia, faculta a los jueces a denegar la libertad procesal cuando estimen, sobre la base de los motivos descriptos en la norma, que el imputado no cumplirá con sus obligaciones procesales.

Por su parte, la defensa no ha alegado que la denegatoria de la excarcelación dispuesta por los jueces de la causa altere alguna de las garantías constitucionales que, como la que limita su duración, regulan directamente la restricción de la libertad durante el proceso penal.

5°) Los casos resueltos por aplicación de derecho común y de las leyes procesales respectivas no constituyen materia federal que pueda dar lugar al recurso extraordinario, de acuerdo con la recta interpretación de los artículos 14 y 15, última parte, de la ley 48. Por tal razón, el recurso extraordinario resulta inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

6°) No habiéndose planteado una cuestión federal, no corresponde entrar a considerar cuál es el tribunal superior de la causa, es decir, aquel que, al resolver dicha cuestión federal en última instancia, habilitaría la competencia de esta Corte.

Por ello, se desestima la queja. Intímese 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. Hágase saber y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Beatriz Herminia Di Nunzio,** representada por el Dr. **Guillermo R. Lucero Funes (h).**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia de Instrucción N° 12.**

RAFAEL HUMBERTO GONZALEZ Y OTROS
V. GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

En atención a lo dispuesto en la ley 7225 de la Provincia de Mendoza, resulta inoficioso pronunciarse sobre la sentencia que dispuso reducciones en los salarios de empleados públicos provinciales.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que dispuso reducciones en los salarios de los empleados públicos provinciales es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial) (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 831/865 de los autos principales (a cuya foliatura me referiré de ahora en más), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, integrada por conjueces, hizo lugar a la acción que promovieron Rafael Humberto González y otros empleados públicos provinciales y declaró la inconstitucionalidad de los decretos 1448/01 y 1765/01 del Poder Ejecutivo provincial, en cuanto disponen reducciones en los salarios de los actores.

Disconforme, el Estado provincial interpuso el recurso extraordinario de fs. 878/911, que fue denegado (fs. 929/931) y dio origen a esta presentación directa.

– II –

La Provincia de Mendoza sostiene, en esencia, que la cuestión federal que somete a consideración del Tribunal surge de la arbitrariedad con que el *a quo* resolvió el tema, a partir de la errónea interpretación del material probatorio producido en el proceso y del desconocimiento del alcance temporal de la rebaja salarial.

Relata que la situación de emergencia configurada por la insuficiencia de los recursos provinciales, la inexistencia de ayuda nacional por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Nación y la imposibilidad de acceder al crédito, todo ello sumado al desborde del gasto público sobre los recursos genuinos del erario provincial, obligó al Poder Ejecutivo a dictar el decreto 1448/01, con sustento en los arts. 20 de la ley nacional 25.453 y 13 y 57 de la ley local 6871 y en el acuerdo suscripto entre el Estado Nacional y las provincias el 15 de julio de 2001 para conjurar la grave emergencia económico-financiera que vivía el país. En tales circunstancias, aquel decreto se basó en la adopción del principio presupuestario de déficit cero como único recurso idóneo para superar la crisis.

Sus principales agravios pueden resumirse del siguiente modo: (a) los conjueces valoraron incorrectamente las pruebas de la causa, que confirman la existencia del estado de emergencia que justifica el decreto 1448/01, tal como también intenta demostrarlo con los informes y gráficos que inserta en su escrito de apelación extraordinaria (v. fs. 887/889); (b) contrariamente a lo resuelto, el mencionado decreto ha sido dictado válidamente por el Poder Ejecutivo provincial, en ejercicio de las facultades delegadas por la Legislatura y de conformidad con lo previsto en el art. 20 de la ley nacional 25.453. En tal sentido, afirma que la ley local 6871 –que aprobó el Presupuesto para el ejercicio 2001– autorizaba al órgano ejecutivo a adherir a regímenes nacionales de excepción financieros y, en su caso, a realizar modificaciones presupuestarias, así como a ajustar el presupuesto de gastos cuando los recursos no alcancen los montos estimados (arts. 57 y 13, segundo párrafo, respectivamente). La Legislatura, por su parte, en conocimiento del decreto 1448/01, sancionó la ley 6918 que declaró la emergencia del Estado provincial; (c) la interpretación del *a quo* de los arts. 14, 14 bis, 16 y 17 de la Constitución Nacional es contraria a la que efectuó V.E. en el caso "Guida" (Fallos: 323:1566). En su concepto, las normas que implementaron la rebaja salarial cumplen con los criterios fijados por la Corte en dicho precedente, porque obedecen a razones de emergencia, se encuentran limitadas en el tiempo –hasta el 31 de diciembre de 2002, que es el plazo fijado por la ley local 6918– y las escalas porcentuales de reducción no afectan la sustancia del derecho en cuestión.

– III –

Ante todo, en orden a verificar las condiciones requeridas para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48, cabe recordar que, como criterio general, es ajeno a la instancia extraordinaria el examen de temas regidos por el derecho público local, cuya decisión corresponde a los tribunales provinciales, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (doctrina de Fallos: 324:1721, dictamen de esta Procuración General en la causa A. 236, L.XXXIX. "Asín, María Cristina c/ Unidad de Control Previsional de Río Negro s/ Contencioso administrativo s/ inaplic. de ley", del 4 de junio de 2003, entre otros), aunque tal principio no es absoluto, pues admite excepción cuando el fallo apelado adolezca de arbitrariedad (Fallos: 317:39).

Sobre tales bases, en mi concepto, el recurso fue correctamente denegado, ya que por su intermedio el apelante pretende que V.E. revise la decisión del Superior Tribunal provincial acerca de temas de hecho y prueba y sobre cuestiones que integran el derecho público local, en ambos casos resueltos con fundamentos suficientes para descartar la tacha de arbitrariedad invocada (doctrina de Fallos: 306:614; 323:4205).

En efecto, determinar la validez de la reducción salarial dispuesta por las normas impugnadas, tanto en lo que respecta a la existencia de una situación de emergencia que justifique su adopción como en lo concerniente a la adecuación de aquéllas al sistema constitucional provincial, su razonabilidad y su incidencia sobre la relación de empleo público, son todas cuestiones que forman parte del derecho público local, cuya resolución requiere interpretar disposiciones de igual carácter y está reservada a los jueces también locales.

Al respecto, es oportuno señalar que, para fundar su decisión, los conjueces consideraron que el Estado provincial no había probado adecuadamente los presupuestos fácticos que invocó el Poder Ejecutivo local para dictar los decretos, así como que las medidas adoptadas fueron irrazonables y afectaron sustancialmente el derecho a la retribución que poseen los agentes estatales. Asimismo, estimaron aplicables al *sub lite* los criterios establecidos por el Tribunal en la causa "Tobar" (Fallos: 325:2059), donde V.E. declaró la inconstitucionalidad de las normas que implementaron una rebaja salarial de los empleados públicos nacionales y, sobre tales pautas, juzgaron que los decretos provinciales también eran inválidos.

Como se puede apreciar, las críticas del apelante solo traducen su disconformidad con la forma en que el *a quo* resolvió temas extraños al remedio federal que intenta, al mismo tiempo que revelan una apreciación diferente sobre el criterio de selección y evaluación de los extremos aportados a la causa, así como de la interpretación asignada a las normas que rigen el caso, pero sin demostrar apartamiento de las reglas aplicables, falta de fundamentación o irrazonabilidad de las conclusiones a las que llegó la Suprema Corte de Justicia provincial y, por ello, estimo que la queja no puede ser admitida.

Por otra parte, es preciso señalar que no corresponde aplicar la doctrina de la arbitrariedad cuando el tribunal ha expresado fundamentos fácticos que, más allá de su acierto o error, resultan suficien-

tes para sustentar sus conclusiones y, si las impugnaciones propuestas sólo traducen discrepancias con el criterio de selección y valoración de las pruebas aplicado por la alzada (Fallos: 313:1222), pues –como ha señalado reiteradamente la Corte– aquella doctrina 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; 323:282, entre muchos otros).

Lo expuesto, claro está, no obsta a que el Tribunal pueda conocer sobre temas como los involucrados en el *sub examine* cuando se configuren los requisitos que habilitan su intervención excepcional, que no se presentan en este caso, por los motivos expuestos.

Por último, considero pertinente señalar que el modo de cumplimiento de la sentencia apelada deberá resolverse en la etapa de ejecución, para lo cual los jueces deberán tener en cuenta la situación económica y financiera del Estado provincial y las disposiciones locales que regulan dicho trámite en este tipo de procesos.

– IV –

Opino, por tanto, que el recurso extraordinario interpuesto fue correctamente denegado y que corresponde rechazar esta queja. Buenos Aires, 3 de febrero de 2004. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Provincia de Mendoza en la causa González, Rafael Humberto y otros c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes a la

interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:670; 311:1810; 318:625; 321:1393, entre otros).

Que en el *sub examine*, en atención a lo dispuesto en la ley 7225 de la Provincia de Mendoza resulta inoficioso que esta Corte se pronuncie sobre la cuestión planteada en el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara inoficioso emitir pronunciamiento en la presente causa. Declárase perdido el depósito de fs. 121. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

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

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

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

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 121. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por **la Provincia de Mendoza demandada en autos**, representada por **el fiscal de Estado Dr. Pedro Jaime Sin y el asesor de gobierno Dr. César Antonio Mosso Giannini.**

ROBERTO LUIS GUZMAN
v. TRANSPORTES UNIDOS DE MERLO S.A.C.I. E I.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Juicios de apremio y ejecutivo.

Si bien las resoluciones recaídas en juicios ejecutivos y de apremio no constituyen la sentencia definitiva a la que alude el art. 14 de la ley 48, la decisión es equiparable a tal si causa un agravio de imposible reparación ulterior, ya que el recurrente se encuentra impedido, en el futuro, de replantear la aplicación al caso de la ley 17.418, el decreto 260/97 y las cláusulas de los contratos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

Si bien algunos de los agravios remiten al examen de temas fácticos y de derecho común, que son –como regla– ajenos a la instancia del recurso extraordinario, tal circunstancia no constituye óbice para su consideración con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad cuando la decisión se apoya en argumentos que le otorgan una fundamentación sólo aparente y, en consecuencia, resultan ineficaces para sostener la solución adoptada.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Exceso ritual manifiesto.

Si la demandada puso de resalto cuestiones de decisiva trascendencia –como las cláusulas del contrato firmado con la aseguradora y la solicitud de aplicación de la ley 17.418– que no fueron analizadas en la sentencia de cámara, reviste un injustificado rigorismo formal el pronunciamiento del superior provincial que las rechazó y se limitó a sostener dogmáticamente que la decisión del inferior estaba legalmente fundada, sin esbozar ninguna razón para sostenerlo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

En los casos aptos para ser conocidos por la Corte según el art. 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano, por la materia o por otras razones análogas.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Decretos nacionales.

Es inconstitucional el decreto 260/97 en tanto –mediante un remedio sólo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social– pretende llevar alivio al sector del servicio público de pasajeros, a través del procedimiento de trasladar a la víctima la carga de financiarlo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que desestimó los recursos locales extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad y confirmó la de la anterior instancia es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, que desestimó los recursos locales extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad y confirmó la de la anterior Instancia, la demandada Transportes Unidos de Merlo S.A.C.I. e I. interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja.

Explica el recurrente que en virtud de un contrato de seguros que lo ligaba con la compañía Belgrano Sociedad Cooperativa de Seguros Limitada, abogados de ésta última habían representado a su parte en juicios por daños y perjuicios, hasta que la aseguradora inició un período de desequilibrio financiero, por lo que, antes de que la Superintendencia de Seguros de la Nación dispusiera su liquidación, su parte denunció los referidos contratos y asumió la representación procesal correspondiente por medio de letrados propios.

Asevera que los ex abogados de “Belgrano” comenzaron a reclamar a su parte los honorarios que fueran regulados en diferentes procesos, razón por la que no sólo tendría que soportar el pago de las sentencias judiciales, sino además abonar dichos montos.

Presentada la demanda con el fin de ejecutar tales sumas, el magistrado de Primera Instancia ordenó el trámite de acuerdo a las normas procesales de ejecución de sentencia, es decir –precisa– de acuerdo a los artículos 497 y 498 del Código ritual local. Ante ello, dice que interpuso revocatoria aduciendo que el trámite sólo podía regirse por las reglas del proceso ejecutivo (arts. 518 y subsiguientes del ordenamiento citado) toda vez que su parte no había sido condenada en costas respecto de la aseguradora, y no era beneficiaria del trabajo profesional realizado por los ejecutantes, según lo indicaba jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones. Agrega que también opuso excepción de inhabilidad de título y se acogió a los beneficios del decreto nacional 260/97, en cuanto establece la posibilidad de pago de sentencias en sesenta cuotas, con un período de gracia de seis meses. Dichas defensas fueron rechazadas y el referido Juez declaró, a pedido de la contraria, la inconstitucionalidad del decreto mencionado. Una vez apelada tal decisión la Cámara en lo Civil y Comercial de Morón la confirmó, sentencia que fue objeto de los recursos locales de nulidad y extraordinario de inconstitucionalidad ante el Superior provincial.

Denunció, en aquella oportunidad, la violación de los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial y, consecuentemente, la omisión de tratamiento de un recurso de apelación subsidiariamente concedido ante la Cámara, contradicción en el tratamiento de las excepciones opuestas, irregularidades procesales y falta de fundamentación en el pronunciamiento, agravios que fueron vertidos en el recurso de nulidad. Asimismo, en el remedio procesal extraordinario de inconstitucionalidad se agravió por haberse decretado la inconstitucionalidad del decreto 260/97.

A su turno, la Suprema Corte bonaerense, con base en que el fundamento de la apelación subsidiaria referida había sido tratada en la sentencia, y citando jurisprudencia de ese Tribunal, declaró infundado el recurso de nulidad. Respecto a las irregularidades procesales y a la contradicción alegadas, sostuvo que son ajenos a ese medio de impugnación y propios del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. También rechazó la argumentación dirigida a la falta de fundamentación, sosteniendo que la sentencia de Cámara demostró apoyo legal.

Respecto al tema del decreto 260/97, el *a quo* estimó que el recurso había sido mal concedido, toda vez que –dijo– sólo se abre en el único

supuesto en que en la instancia ordinaria se hayan controvertido sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos provinciales, confrontados con normas de la Constitución local, supuesto que no se da en el *sub lite* ya que el tema en debate se refiere a la validez de una norma nacional, materia ajena a esa vía recursiva.

– II –

Aduce el recurrente que en el recurso de nulidad ante el juzgador, transcribió los artículos 109 y 110 de la ley 17.418, en razón de ser las normas que se debieron aplicar al caso para su resolución. Asimismo, dice que se citó un precedente de la misma Sala I de la Cámara de Apelaciones de Morón, que con iguales integrantes en una situación idéntica a la presente, fue resuelta en sentido contrario. Expresa que también sostuvo que se ignoró el comportamiento pacífico y recíproco de las partes durante la vigencia del contrato de seguros, período en el cual los honorarios eran abonados por la aseguradora y que conforme las cláusulas 4 y 5 de las condiciones generales para el seguro de automotores y las cláusulas 11 y 12 de las condiciones generales del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el asegurado tenía el derecho de asumir su propia defensa lo que significaba afrontar las costas judiciales lo que, a *contrario sensu*, significa que cuando utilizaba los abogados de la aseguradora ésta se hacía cargo de los referidos gastos.

Indica que pese a esgrimir todos estos argumentos, el sentenciador los rechazó aduciendo, solamente, que de una breve lectura del fallo recurrido quedaba demostrado su apoyo legal.

Critica, además al *a quo* en cuanto no resolvió la cuestión referida a la inconstitucional del decreto 260/97, ya que sostuvo en la oportunidad correspondiente que dicha norma no sólo es violatoria de los artículos 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional, sino también de los artículo 10, 11, 15, 16 y 31 de la Constitución del nombrado estado provincial.

Por todas estas razones, asevera que la sentencia en crisis satisface sólo en apariencia la exigencia constitucional de adecuada fundamentación jurídica, circunstancia que conculcó sus derechos constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio, tornándola, por

demás, arbitraria. Expresa que el juzgador debió tomar en cuenta lo resuelto por V.E. en varios precedentes análogos al caso que nos ocupa, donde se determinó que la sentencia recurrida era arbitraria, por contener argumentos sólo aparentes para fundamentarla y condenar al asegurado a pagar los honorarios de los letrados que fueron asignados por el asegurador para defenderlo.

Por último, critica el auto denegatorio del recurso extraordinario federal, cita doctrina y jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

– III –

Estimo que el recurso es procedente, pues si bien las resoluciones recaídas en juicios ejecutivos y de apremio no constituyen la sentencia definitiva a la que alude el art. 14 de la ley 48, en el *sub lite* la decisión es equiparable a tal por causar un agravio de imposible reparación ulterior (cfme. Fallos: 325:3386, entre otros muchos) toda vez que el recurrente se encuentra impedido, en el futuro, de replantear la aplicación al caso de la ley 17.418, el decreto 260/97 y las cláusulas de los contratos antes aludidos.

Asimismo, debo destacar que aunque algunos de sus agravios remiten al examen de temas fácticos y de derecho común, que son –como regla– ajenas a la instancia de esta excepcional vía, tal circunstancia no constituye óbice para su consideración con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad cuando –con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional– la decisión respectiva se apoya en argumentos que le otorgan una fundamentación sólo aparente y, en consecuencia, ineficaces para sostener la solución adoptada (v. Fallos: 306:178; 308:914 y 1075; 321:2263, entre otros).

En este marco, pienso que le asiste razón al quejoso, por cuanto se advierte que la sentencia del *a quo* no atendió con la severidad que es menester, los conducentes agravios llevados por la demandada en su escrito de apelación, lo que, a posteriori, produjo la presentación extraordinaria que nos ocupa.

En efecto, surge de autos que la demandada ha puesto de resalto, cuestiones de decisiva trascendencia para la solución del tema controvertido –como las aludidas cláusulas del contrato firmado con la aseguradora y la solicitud de aplicación al caso de la ley 17.418– que no

fueron analizadas en la sentencia de Cámara y que posteriormente fueron rechazadas por el Superior provincial quien, para ello, se limitó a sostener dogmáticamente que la decisión del inferior estaba legalmente fundada, sin esbozar ninguna razón para sostenerlo, por lo que se ha visto revestida de un injustificado rigorismo formal, incompatible con el derecho de defensa en juicio. Así lo ha entendido ese Alto Tribunal en un caso análogo (v. Fallos: 321:2263).

Asimismo, aprecio que igual suerte deberá correr el agravio respecto al no tratamiento de la inconstitucionalidad del decreto 260/97, toda vez que tiene dicho V.E., en reiteradas ocasiones, que en los casos aptos para ser conocidos por la Corte según el art. 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar el acceso a aquel órgano, en tales supuestos, por la materia o por otras razones análogas. (v. entre otros la causa S.C. D. 309; L. XXI "Di Mascio, Juan Roque interpone recurso de revisión en expediente N° 40.779", Fallos: 311:2478; y la línea argumental de Fallos: 308:490; 310:324).

Sin perjuicio de lo expuesto debo precisar que V.E. ya se ha expedido sobre la inconstitucionalidad del mencionado decreto, en la causa S.C. R 94; L. XXXIV "Risolía de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ ejecución de sentencia (incidente), sentencia de fecha 2 de agosto de 2.000 (v. Fallos: 323:1934).

Por tanto, opino que se debe admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia, con el alcance indicado. Buenos Aires, 22 de junio de 2004. *Felipe D. Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Guzmán, Roberto Luis c/ Transportes Unidos de Merlo S.A.C.I. e I.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General sustituto, a los que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con el mencionado dictamen, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada 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. Glósese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 97. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco (*en disidencia*) — Ricardo Luis Lorenzetti (*en disidencia*) — Carmen M. Argibay (*según su voto*).

Voto de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

Comparto los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General sustituto, exclusivamente con relación al quinto párrafo del punto III, al que me remito en razón de brevedad.

Por ello, con el alcance indicado, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese. Reintégrese el depósito de fs. 97, agréguese la queja al principal y remítase.

Carmen M. Argibay.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

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

Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de hecho interpuesto por **la demandada,** mediante su representante, **el Dr. Humberto Jorge Raponi.**
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 y Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón.**

RAMON FRANCISCO LAZARTE v. MEDICOS ASOCIADOS SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (SANATORIO SAN LUCAS) Y OTROS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos.

Corresponde rechazar la queja si los agravios conducen al examen de cuestiones de derecho procesal local, materia propia del tribunal de la causa y ajena en principio y por su naturaleza a la instancia del art. 14 de la ley 48.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Corresponde desestimar la queja si la corte provincial señaló que no se configuró el supuesto de improcedencia de la caducidad de la instancia contemplado por el

art. 218, inc. 1°, del Código Procesal de la Provincia de Tucumán y el recurrente no opuso ninguna crítica debidamente fundada, ya que no logró demostrar que, por imperio de algún otro dispositivo legal, se encontrase liberado de cumplir actos impulsorios para mantener vivo el proceso.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Si la norma procesal únicamente alude al llamamiento de autos para sentencia como causa impeditiva de la caducidad de la instancia, el solo hecho de haber dejado todos los juegos de copias del memorial para el traslado, no excusaba al actor de continuar realizando otros actos procesales, en lugar de permanecer inactivo esperando sin más la sentencia, ya que, como impulsor del proceso, debió al menos haberse interesado por comprobar si todas las notificaciones se habían diligenciado debidamente, y teniendo presente la norma procesal local, pudo también, previa aquella comprobación, instar el llamamiento de autos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, no hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la Sala "I" de la Cámara Civil y Comercial Común, que hizo lugar al incidente de caducidad de la instancia recursiva formulado por los codemandados "Médicos Asociados S.R.L." y Rafael Osvaldo Páez (v. fs. 928/930).

Para así decidir, dijo que de los términos de la sentencia apelada, surgía que el último trámite procesal impulsorio cumplido en la apelación, fue la notificación practicada a fs. 884 el 20 (debió decir 28) de febrero de 2002; y que desde entonces hasta el 27 de junio de 2002, en que se produjo el acuse de caducidad, transcurrió el plazo de inactividad previsto en la norma procesal local.

Dijo que, conforme quedó planteada la cuestión, los autos no se hallaban pendientes de sentencia, no configurándose, en consecuencia, el supuesto de improcedencia de la caducidad a que se refiere el

artículo 218, inciso 1°, del Código Procesal local, circunstancia –prosiguió– que resultaba dirimente en la cuestión llevada a estudio.

Expresó que no cabía perder de vista que el sistema procesal civil de la Provincia de Tucumán, no contempla entre los casos de improcedencia de la perención, a aquél en que la prosecución del trámite depende de una actividad impuesta a cargo del Juzgado.

Reiteró que aunque los actos a cumplir estén a cargo del juzgado, la norma procesal sólo aduce al llamamiento de autos para sentencia como causa obstativa a la caducidad de la instancia. Siendo así –sostuvo– es recién a partir del dictado de la providencia que lo contiene que cesa la carga de impulsar el procedimiento, aun cuando el próximo acto procesal esté a cargo del juzgado, y aunque fuese el dictado de dicha providencia.

Con cita de las respectivas normas procesales locales, dijo que el llamamiento de autos debe ser expreso y debidamente notificado, lo que no aconteció en la especie, por lo que era posible que por inactividad imputable a la actora se configurara, como de hecho aconteció, la caducidad de la instancia.

– II –

Contra este pronunciamiento, la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 934/945, cuya denegatoria de fs. 958/961, motiva la presente queja.

Al relatar los antecedentes de la causa, expone que, rechazada en Primera Instancia la demanda por daños y perjuicios, su parte interpuso recurso de apelación y se corrieron los traslados pertinentes, decretándose a fs. 883 “Téngase por contestado el traslado dispuesto en decreto de fs. 864. Agréguese el memorial presentado por los codemandados (Méd. Asoc. S.R.L. y R. Páez)” Recuerda que el decreto de fs. 864 decía: “Del memorial de expresión de agravios presentado por el actor, córrase traslado por nueve días a los demandados y codemandados (Obra Social y Asociación de Clínicas)”

Aduce que su parte, tras leer ese decreto, y habida cuenta de que no resultaba necesario acompañar Bonos de Movilidad, que había de-

jado todos los juegos de copias para traslado, y que se consideraba contestado “el traslado dispuesto en decreto de fs. 864”, entendió que ya se habían cumplimentado todos los traslados.

Pese a eso –prosigue–, una de las cédulas, la correspondiente a la Obra Social, no fue enviada por falta de bonos (v. fs. 885), sin que éstos fueran necesarios ya que debía notificarse en casillero del Dr. Ibazeta (apoderado de la Obra Social), y, de todas formas, su parte litigaba libre de derechos.

Alega que ello se vio agravado por el hecho de que jamás se puso a la Oficina tal actuación para conocimiento de los interesados, ya que, si bien a fs. 855 existe un sello diciendo eso, las copias del Libro de Comparendo del folio 79 en adelante son contundentes acerca de que nunca se puso a la Oficina tal actuación, tema que –dice– no fue tratado por la Cámara en atención a que no consideró necesario indagar sobre el particular.

Tras reseñar la sentencia de Cámara y los agravios invocados contra ella, reprocha que la sentencia recurrida se aparta de la jurisprudencia de la Corte.

Se queja de la falta de tratamiento del exceso ritual. Expresa que el exceso ritual manifiesto era la base principal del planteo, y que de la lectura de la sentencia impugnada, se desprende que en ningún momento el juzgador se hizo cargo del mismo.

Afirma que hubo tergiversación de la postura de su parte, convirtiendo lo que es una cuestión federal (el exceso de ritual manifiesto), en una cuestión meramente local. Dice que la Corte Suprema Provincial pretendió encuadrar el planteo como una cuestión sobre la pretensa existencia de una causal de no caducidad por pendencia de una actividad a cargo del órgano jurisdiccional; y que a la luz de esa tergiversación, es que decide que las normas locales no contemplan tal excepción.

Sostiene que la Corte Provincial incurre en una afirmación dogmática diciendo que de las normas rituales locales se desprende que la caducidad se produciría aún cuando el próximo acto procesal esté a cargo del juzgado, y aún cuando el acto pendiente fuese el dictado de la providencia llamando autos a despacho para resolver.

Argumenta que la improcedencia de la caducidad en tales supuestos, inclusive en Tucumán, no deriva de la diferencia de redacción existente entre las normas procesales locales y nacionales, sino básicamente de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera que en tales casos declarar la caducidad implicaría un exceso ritual manifiesto con grave desmedro a las garantías de los justiciables.

– III –

Corresponde señalar, en primer término, que los agravios traídos por el apelante conducen al examen de cuestiones de derecho procesal local, materia propia del tribunal de la causa, y ajena en principio y por su naturaleza a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (v. doctrina de Fallos: 308:1347, 2423, entre muchos otros).

En tales condiciones, se advierte que la Corte Suprema de Justicia Provincial, señaló que en el caso no se configuró el supuesto de improcedencia de la caducidad de la instancia contemplado por el artículo 218, inciso 1°, del Código Procesal local, que alude al llamamiento de autos para sentencia. Puntualizó el juzgador que, conforme a la norma citada, recién a partir de la providencia que contiene el llamamiento de autos, cesa la carga de impulsar el procedimiento.

Contra este argumento, el recurrente no opuso ninguna crítica debidamente fundada, ya que no logró demostrar que, por imperio de algún otro dispositivo legal, se encontrase liberado de cumplir actos impulsorios para mantener vivo el proceso.

Tampoco justifica la pasividad del actor, su argumentación de que luego de leer el decreto de fs. 883, entendiese que ya se habían cumplimentado todos los traslados. En efecto, de la lectura de la providencia de marras, de ninguna manera puede extraerse tal conclusión, de un lado, porque si bien dice que se tiene por contestado el traslado, inmediatamente ordena la agregación del memorial de los codemandados “Médicos Asociados S.R.L” y R. Páez, debiendo interpretarse, razonablemente, que el traslado había sido contestado sólo por ellos. Y de otro lado, porque resultaba fácil comprobar que, para entonces, no constaba el diligenciamiento de ninguna otra cédula de notificación, por lo que no existían motivos para interpretar que se habían cumplimentado todos los traslados.

Si, como lo advirtió el juzgador, la norma procesal únicamente alude al llamamiento de autos para sentencia como causa impeditiva de la caducidad de la instancia, el solo hecho de haber dejado todos los juegos de copias del memorial para el traslado, no excusaba al actor de continuar realizando otros actos procesales, en lugar de permanecer inactivo esperando sin más la sentencia, ya que, como impulsor del proceso, debió al menos haberse interesado por comprobar si todas la notificaciones se habían diligenciado debidamente, y, teniendo presente la norma procesal antes aludida, pudo también, previa aquella comprobación, instar el llamamiento de autos.

Por todo lo expuesto, estimo que debe rechazarse la presente queja. Buenos Aires, 11 de agosto de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Lazarte, Ramón Francisco c/ Médicos Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada (Sanatorio San Lucas) y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la apelante han sido objeto de adecuado examen en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos esta Corte se remite por razón de brevedad.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución del expediente principal, archívese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco.

Recurso de hecho interpuesto por **Ramón Francisco Lazarte y Silvia L. Salomon de Lazarte,** representado por la **Dra. Rita Macias,** patrocinado por el **Dr. Marcos A. Rouges.**
Tribunal de origen: **Corte Suprema de Justicia de Tucumán.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Civil y Comercial Común, Sala 1 de Tucumán y Juzgado Civil y Comercial Común de la 2ª Nominación de Tucumán.**

JORGE EDGARDO MARTINEZ VERGARA Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

El traslado del recurso extraordinario federal que dispone el art. 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación tiene por objeto proporcionar a los litigantes la posibilidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Si el recurso extraordinario deducido por el querellado fue denegado por el tribunal *a quo* sin haberse dado cumplimiento, en forma previa, al trámite establecido en el art. 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y sin que los motivos expresados por la Corte local para proceder de ese modo constituyan una razón válida para prescindir de la sustanciación prescripta, corresponde correr traslado del mismo a la apoderada del querellante.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Jorge Edgardo Martínez Vergara en la causa Martínez Vergara, Jorge Edgardo y otro s/ querella por injurias –causa N° 8627–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que este Tribunal ha resuelto reiteradamente que el traslado del recurso extraordinario federal que dispone el art. 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene por objeto

proporcionar a los litigantes la posibilidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa (Fallos: 315:283; 316:2491; 317:395; 318:991, *in re* G.75.XL. "Gobierno de la Provincia de San Luis c/ Municipalidad de San Luis", fallado el 24 de agosto de 2004, entre otros).

Que en el *sub examine*, según se desprende de las constancias agregadas en los autos principales, el recurso extraordinario deducido por el querellado fue denegado por el tribunal *a quo* sin haberse dado cumplimiento, en forma previa, al trámite establecido en la norma citada *supra*, y sin que los motivos expresados por la Corte local para proceder de ese modo constituyan una razón válida para prescindir de la sustanciación prescripta por dicha disposición.

Por ello y con arreglo al art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se dispone correr traslado a la apoderada del querellante, doctora María Elisa Reinoso, del recurso extraordinario cuya copia obra agregada a fs. 17/28 de esta presentación directa, el cual se notificará por cédula a diligenciarse según el régimen de la ley 22.172 en el domicilio constituido por la parte querellante en los autos principales, y cuyo plazo será de dieciséis días en razón de la distancia (art. 158 del código citado). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Jorge Edgardo Martínez Vergara,** representado por **el Dr. Jorge Edgardo Barría.**
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de la Provincia de La Rioja.**

EDUARDO MARCOS ROJAS

RECURSO DE REPOSICION.

Las sentencias de la Corte Suprema no son susceptibles de reposición o revocatoria.

RECURSO DE REPOSICION.

Corresponde desestimar el recurso de reposición si no existe constancia alguna en los registros de la Mesa de Entradas del Tribunal, ni en el sistema computarizado de datos del ingreso de las piezas que aquél alega haber agregado a su presentación ni tampoco obra en su poder recibo de dicho cumplimiento.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que en este caso es de aplicación la conocida doctrina según la cual las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria (Fallos: 302:1319 entre muchos otros).

Que, además, el argumento esgrimido por el apelante no resulta atendible en tanto que no existe constancia alguna en los registros de la Mesa de Entradas del Tribunal, ni en el sistema computarizado de datos del ingreso de las piezas que aquél alega haber agregado a su presentación ni tampoco obra en su poder recibo de dicho cumplimiento (confr. causa M.541.XXIII. "Maxisueño S.A. o Suavegón S.A. s/ concurso preventivo" resuelta el 19 de diciembre de 1991) (*).

(*) Dicha sentencia dice así:

MAXISUEÑO S.A. Y OTRO

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de diciembre de 1991.

Autos y Vistos; Considerando:

Que si bien la reposición planteada resulta formalmente procedente (art. 317 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), el argumento esgrimido no es atendible en tanto surge del informe vertido por el funcionario a cargo de la mesa de entradas que el apelante no obró con diligencia para tomar conocimiento de lo requerido por el Tribunal y que ni siguiera dejó constancia alguna en el libro de notas pertinente.

Que, además, esta Corte ha señalado en forma reiterada que sólo el cumplimiento íntegro de la providencia que exige la presentación de diversos recaudos interrumpe el

Por ello, se desestima la presentación de fs. 52. Hágase saber y estése a lo resuelto a fs. 49.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **Eduardo Marcos Rojas,** representado por la Dra. **Inés Teresa Bianco.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 27.**

RAFAEL GREGORIO JOSE STERIN TERAMO v. ENRIQUE JEREZ Y OTRO

REPRESENTACION PROCESAL.

El vencimiento del plazo fijado en el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación acarrea la nulidad de todo lo actuado por el mero transcurso del término perentorio y fatal de cuarenta días hábiles contados desde la primera presentación del gestor.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que Beatriz M. Piacentini interpuso la presente queja invocando la representación de Enrique Jerez y Lilian Barayazarra en los

---

plazo de caducidad de la queja (causa I. 64. XXIII. "Ingalmet S.A. c/ Trillo, Manuel y otros" fallada el 11 de junio del corriente año; entre muchas otras).

Por ello, no ha lugar a lo solicitado. Notifíquese.

CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO — JULIO S. NAZARENO.

---

términos del art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Que en razón de haber transcurrido el plazo concedido por esa norma sin que los interesados hubiesen ratificado la gestión o la representante acompañado instrumentos que acrediten su personería, corresponde invalidar su actuación pues, según lo ha decidido esta Corte, el plazo de 40 días hábiles contados desde la primera presentación del gestor es perentorio y fatal, y las ratificaciones posteriores de fs. 29 y 30 no purgan el vicio de nulidad derivado de su vencimiento (arg. causa G.609.XXXIX "González, Rolando c/ Don Rolo S.A." del 16 de marzo de 2004, considerando 4°) (*).

(*) Dicha sentencia dice así:

ROLANDO GONZALEZ v. DON ROLO S.A.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de marzo de 2004.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 78 se presenta la actora solicitando que se revoque el pronunciamiento de esta Corte de fs. 70 en el cual se declaró nulo todo lo actuado por el letrado que interpuso la queja en virtud de no haberse acreditado la personería dentro del plazo fijado por el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2°) Que en su presentación, la peticionaria alega que el fallo debe ser revocado porque si bien la documentación de la cual surge la ratificación de todo lo actuado por el gestor de negocios fue agregada al expediente con posterioridad al fallo que declaró nulo todo lo actuado, tales instrumentos fueron presentados ante la Corte con anterioridad a su dictado.

3°) Que las sentencias de esta Corte no son susceptibles de ser revisadas por vía del recurso de reconsideración, revocatoria o nulidad (Fallos: 302:1319), sin que en el caso se configure un supuesto con caracteres extraordinarios como los que han autorizado a hacer excepción a tal principio.

4°) Que, en efecto; es cierto que el fallo cuestionado fue dictado el 14 de octubre de 2003, esto es, con posterioridad al 6 de octubre, fecha en la que fue presentada ante este Tribunal la ratificación de todo lo actuado por el gestor de negocios. Sin embargo, no lo es menos que esta presentación fue muy posterior al vencimiento del plazo fijado en el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que acarrea la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado por el mero transcurso del término perentorio y fatal de 40 días hábiles contados desde la primera presentación del gestor (en el caso, 2 de mayo de 2003).

Por ello, declárase nulo lo actuado por la letrada que interpuso la queja sin acreditar la personería. Hágase saber y, oportunamente, archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Enrique Jerez y Lilian Barayazarra, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. Piacentini.**
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 Nº 95.**

HORACIO VERBITSKY

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

Es definitivo el pronunciamiento que pone fin a la acción colectiva pretendida en los términos pautados por el art. 43 constitucional y, por otra parte, en cualquier caso sería equiparable, pues el gravamen que provoca el objeto de la acción y que perjudicaría a todos los detenidos en establecimientos policiales de la Provincia de Buenos Aires es de imposible reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata.

5°) Que, en estas condiciones, el caso de autos no presenta caracteres extraordinarios que autoricen a revocar el fallo de fs. 70 que, con fundamentos fácticos y normativos suficientes, declaró la nulidad de todo lo actuado por el gestor de negocios.

Por ello, se desestima la presentación de fs. 78 y estése a lo resuelto a fs. 70. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ — JUAN CARLOS MAQUEDA.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de la Constitución Nacional.

Existe cuestión federal suficiente si se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de los tratados.

Al hallarse cuestionadas garantías del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, pues la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional.

HABEAS CORPUS.

Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

HABEAS CORPUS.

Debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad.

CARCELES.

Si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa.

PODER JUDICIAL DE LA NACION.

A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia

de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial, ya que desconocer esa premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.

CARCELES.

Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, carencia de recursos humanos, insuficiencia de formación del personal o consecuentes excesivas poblaciones penales, ya que privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5º, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CARCELES.

El art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice", reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento.

CARCELES.

El alcance del art. 18, en lo que se refiere a las cárceles, fue puesto en discusión, dudándose si abarcaba a los condenados, pues tiene un claro origen histórico iluminista referido a la prisión cautelar, sin embargo, la discusión ha quedado superada después de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inc. 22 del art. 75 constitucional.

CARCELES.

La privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible elimi-

nar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente.

CARCELES.

Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal.

CARCELES.

El postulado referido a las cárceles, contenido en el capítulo constitucional concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos y, aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, la cláusula tiene contenido operativo.

CARCELES.

El art. 18 de la Constitución Nacional impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral.

CARCELES.

La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario.

CARCELES.

El derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país y especialmente de la propia Provincia de Buenos Aires, en cuyo Reglamento Provisorio de la Penitenciaría de 1877, sancionado por el gobernador Carlos Casares, establecía un régimen respetuoso de la dignidad humana sensiblemente notable para los estándares de su tiempo.

CARCELES.

Después de la reforma de 1994, con jerarquía constitucional, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la línea siempre seguida por la legislación nacional en materia de cárceles: art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CARCELES.

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad, por lo que no cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.

FEDERALISMO.

Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.

FEDERALISMO.

Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos; en 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de leyes marco, como sucede contemporáneamente.

FEDERALISMO.

Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa, si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

PROVINCIAS.

Sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva –que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal– las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional.

PROVINCIAS.

Corresponde exhortar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación.

PROVINCIAS.

Corresponde exhortar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación.

CARCELES.

Corresponde disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

CARCELES.

Corresponde instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

CARCELES.

Corresponde ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención, a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas.

CARCELES.

Corresponde disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

PROVINCIAS.

Corresponde exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

CARCELES.

Corresponde encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

HABEAS CORPUS.

Corresponde dar curso a la acción de hábeas corpus colectivo si, más allá del *nomen juris* empleado, la peticionaria pretende la modificación de una situación en la que se encuentran quienes están detenidos, respecto del goce de derechos básicos que afectan el respeto a su dignidad humana (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

HABEAS CORPUS.

Los hechos constituidos por la existencia de situaciones plurales, demuestran la necesidad de admitir una acción igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si lo que se pretende es la defensa de la dignidad humana de la cual no puede ser privado ningún habitante de la Nación, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad, y se exige la aplicación de derechos constitucionales, dichas circunstancias dan cuenta de la necesidad de hacer uso de la facultad que a esta Corte acuerda el art. 16 segunda parte de la ley 48 (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

La atribución que acuerda a la Corte el art. 16 segunda parte de la ley 48 significa tan sólo sustituir al tribunal apelado en el examen y decisión de la totalidad de las cuestiones comprendidas en la causa como lo habría hecho en un recurso ordinario de apelación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

La jurisdicción que le otorga a la Corte la segunda parte del art. 16 de la ley 48 regula el ejercicio de un supuesto de su competencia apelada, y no es posible por esa vía asumir el conocimiento originario en una causa que aun no fue sustanciada, pues ello importaría violación de la previsión del art. 117 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La competencia originaria de la Corte es taxativa y no puede ser ampliada por la ley ni por vía interpretativa (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

El imperio del estado de derecho requiere de la Corte el respetuoso cuidado de su competencia reglada, de naturaleza excepcional e interpretación restrictiva (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

JUECES.

No compete a los jueces evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria –menos aún, su política criminal– y mucho menos le toca a la Corte inmiscuirse en la forma en que las autoridades locales competentes cumplan con tan elementales deberes de gobierno (arts. 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional), ya que la valoración de las medidas que el Estado provincial adopte o haya adoptado, sólo podrá ser materia de decisión en la causa en la medida en que incidan en la situación de los amparados por el hábeas corpus (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CARCELES.

Sin desconocer el contenido aflictivo que comporta la privación de libertad –en cierta medida imposible de eliminar por ser inherente a esa situación– son los jueces ordinarios con competencia penal quienes mejor pueden apreciar con un

importante grado de precisión y cercanía el intolerable e indebido agravamiento, que en muchos casos se configura (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CARCELES.

La decisión del Tribunal no tiene la pretensión de obligar a los tribunales locales a resolver todas las cuestiones particulares que se encuentran involucradas dadas las dificultades y las particularidades que puede asumir cada caso, sin embargo es su deber instruirlos para que –dentro de sus respectivas competencias– comprometan sus esfuerzos para lograr el cabal cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, particularmente, en lo que hace a la tutela de su vida humana e integridad física (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

PROVINCIAS.

El examen de constitucionalidad del régimen de la prisión preventiva y la excarcelación vigente en la Provincia de Buenos Aires debe llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de las reglas contenidas en la Constitución federal y en los instrumentos internacionales que vinculan a las legislaturas provinciales (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

PROVINCIAS.

La propuesta de utilizar como marco normativo obligatorio el Código Procesal Penal de la Nación importa una severa restricción del principio federal adoptado por nuestro país en el art. 1° de la Constitución Nacional, pues, fuera del respeto a la Constitución y leyes federales, las provincias no pueden ser obligadas a seguir los criterios legislativos del Congreso Nacional en un tema que no ha sido delegado por las provincias, como lo es, la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva, tanto menos cuando el Congreso al dictar el Código Procesal Penal no lo hizo con la expresa declaración o voluntad de que se utilizase como marco obligatorio para la legislación procesal provincial (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

PROVINCIAS.

La utilización del Código Procesal Penal de la Nación como marco normativo obligatorio para las provincias en la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva configura una desviación del principio democrático, pues se asigna a la voluntad legislativa un efecto y un alcance que no estuvo presente en el proceso deliberativo que precedió a la sanción de la ley y que tampoco es necesario para establecer una recta interpretación de su texto (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

CARCELES.

Para establecer la constitucionalidad de la legislación procesal en materia de prisión preventiva y excarcelación debe tenerse en cuenta su impacto sobre el servicio de custodia penitenciaria, en particular, la superpoblación y sus deletéreas consecuencias en términos de derechos humanos de los reclusos, ya que lo contrario implica admitir el funcionamiento de un sistema ciego a sus efectos, que sigue alimentando cárceles atestadas sin posibilidad de corregirse a partir de las percepción de este dato de la realidad (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

HABEAS CORPUS.

El hábeas corpus no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que le incumben, respecto de las cuales, en caso de existir agravio constitucional, cabe la interposición de los recursos de ley (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

Si la pretensión, tal como ha sido deducida, constituye una impugnación genérica al sistema carcelario provincial, no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

PODER JUDICIAL DE LA NACION.

No atañe a la Corte diseñar una política carcelaria provincial y reglamentar su ejecución en todo o en parte, ya que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones pues es el judicial el llamado a hacer observar la Constitución Nacional, y de ahí que su avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

CARCELES.

Corresponde urgir a los poderes de la Provincia de Buenos Aires, para que adopten las medidas necesarias en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, con el fin de asegurar que las detenciones y las condenas que se ejecutan en establecimientos sometidos a su jurisdicción no agreguen a la privación de la libertad lesiones a los derechos humanos de los presos (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso acción de *habeas corpus*, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Expresó que la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad es la nota distintiva de las 340 comisarías que funcionan en el territorio de la provincia de Buenos Aires. No obstante poseer una capacidad para 3178 detenidos, alojan 6364, según información del mes de octubre de 2001. La situación se agrava en el conurbano, donde 5080 detenidos ocupan 2068 plazas. Los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen por lo general de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano, el calor son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos. El riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas es, sin dudas, mucho mayor y el aumento de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es más que significativo.

Ante esa situación, solicitó que el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires asumiera su competencia respecto de ese colectivo de personas para que, luego de comprobar la situación descripta, se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal, del encierro de esas personas en las condiciones en las que se hallan, ordenando el cese de esa situación. A tal fin, requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pudiera determinarse –y controlar el Tribunal de Casa-

ción– el modo en que la administración pueda hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención.

Aclaró que no se pretendía que el órgano jurisdiccional llevase a cabo un análisis acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de los cursos de acción que el Poder Ejecutivo provincial llevare adelante en la materia, pero sí que se sometiera al control de legitimidad legal y constitucional.

En cuanto a la competencia del Tribunal de Casación para conocer de la acción, destacó que la propia jurisprudencia del tribunal –que citó– posibilitaba la deducción directa del *habeas corpus* en casación mediando manifiesta importancia o gravedad institucional en la cuestión que se somete a su decisión. Expresó que ante la inobjetable gravedad de la situación denunciada, era imperioso que el Tribunal de Casación se avocara originariamente a su tratamiento y resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas de su libertad en las comisarías de la provincia de Buenos Aires, dado que, si bien numerosos tribunales locales habían ordenado reiteradamente en los últimos años la clausura de comisarías y centros de detención, las resoluciones parciales así producidas sólo habían generado el movimiento de internos de un lugar a otro, aliviando la situación de unos, pero agravando la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento.

– II –

La Sala III del Tribunal de Casación decidió rechazar el *habeas corpus* interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada. Sostuvo que su competencia estaba limitada en la materia al conocimiento del recurso en los términos y con los alcances establecidos en los artículos 406 y 417 del Código Procesal Penal local. Agregó, además, que el *habeas corpus* no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del *habeas corpus*. Por último, señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aun cuando estén, de manera sig-

nificativa, referidos a un problema común. En tal sentido, entendió que la acción planteada apuntaba a cuestionar el sistema carcelario –y su sucedáneo policial como extensión de aquél– en forma genérica, y no a obtener una decisión concreta en casos individuales, los cuales pueden variar mucho entre sí, respecto de lesiones a derechos esenciales.

El Centro de Estudios Legales y Sociales impugnó la sentencia del Tribunal de Casación a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley previstos en los acápites “a” y “b” del artículo 161, inciso 3, de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y en los artículos 491 y 494 del Código Procesal Penal local.

En lo que atañe al primero, argumentó que el Tribunal de Casación había omitido el tratamiento de una cuestión esencial, relativa a la gravedad o interés institucional de la situación por la que se solicitaba su intervención, circunstancia ésta que, según la propia jurisprudencia del tribunal, habilitaba a hacer excepción a la regla general según la cual la competencia de ese órgano jurisdiccional se halla limitada al conocimiento sólo por vía recursiva de la acción de *habeas corpus*.

A su vez, en lo que hace al recurso de inaplicabilidad de ley, expresó que el Tribunal de Casación había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, al decir que con la acción intentada sólo se apuntaba “a cuestionar el sistema carcelario [...] en forma genérica, y no a obtener una decisión concreta en casos individuales [...] respecto a lesiones de derechos esenciales”, al resolver que debía ocurrirse individualmente ante los respectivos jueces a cuya disposición se hallan los beneficiarios del *habeas corpus*, y considerar que “las situaciones descriptas por los requirentes se sitúan en un cuadro general de crisis no remediable por la vía intentada”.

Invocando en su apoyo jurisprudencia de V.E. sobre la materia, sostuvo que la legitimación para interponer esa acción colectiva derivaba de que su objeto no era la solución de la situación individual de una persona –caso en el que sería ubicua la acción individual–, sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado provincial de los estándares jurídicos fijados en materia penitenciaria

por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Explicó así que el intento de resolución individual se veía frustrado porque la resolución individual de un caso afectaba necesariamente la situación de las demás personas que padecían la misma situación, generando además evidentes problemas de igualdad. A modo de ejemplo, mencionó que la orden judicial de traslado de una unidad de detención a otra podía aliviar la situación de la primera pero agravar la de la segunda. Y a ello agregó que también hablaban a favor de una acción colectiva razones de economía procesal que la hacían preferible por sobre una multiplicidad de acciones individuales. Por un lado, señaló que encauzar el reclamo por la vía de una acción colectiva permite que la orden judicial al Poder Ejecutivo para que solucione la situación provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad del problema. Por el otro, refirió que, dada la gravedad y urgencia de la situación denunciada, la centralización de la cuestión en un solo tribunal evitaría la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto y la existencia de decisiones contradictorias, sin mencionar las declaraciones de incompetencia cuando los tribunales inferiores considerasen que el remedio colectivo solicitado excede las potestades judiciales en una causa individual. Concluyó, en síntesis, que todas esas razones militaban a favor de la legitimación colectiva y fundaban la idoneidad de la acción interpuesta que el Tribunal de Casación había desconocido expresamente.

Por lo demás, también argumentó que al ser –por las razones que expusiera– la vía colectiva propuesta la única apta para reparar el agravamiento de las condiciones bajo las cuales se encuentran las personas detenidas en el ámbito de la provincia, la negativa del Tribunal de Casación de abordar la problemática de todos los detenidos en comisarías superpobladas de esa jurisdicción había importado privar de justicia a ese colectivo de personas cuyos derechos se pretendía tutelar, en violación a los artículos 18, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, así como diversos instrumentos internacionales en relación con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una efectiva protección por parte del Poder Judicial.

Asimismo, señaló que si se interpretara, por vía de hipótesis, que al declararse el Tribunal de Casación incompetente para conocer originariamente en la acción había descartado implícitamente que el caso

configurara un supuesto de gravedad o interés institucional en los términos de su propia jurisprudencia, entonces aun cuando ya no sería procedente el recurso de nulidad, sí lo sería de todos modos el recurso de inaplicabilidad de ley, y ello por resultar el fallo autocontradictorio al reconocer la magnitud del problema planteado y rehusarse, al mismo tiempo, a aplicar la doctrina que el tribunal considera pertinente para casos de esas características.

Por último, con sustento en la doctrina sentada por V.E. en los precedentes "Strada" y "Di Mascio", planteó la inconstitucionalidad del artículo 494 de la ley procesal local para el supuesto de que se interpretara esa norma como óbice a la admisibilidad formal del recurso de inaplicabilidad de ley por no ser el resolutorio impugnado uno de aquellos que el precepto menciona como susceptible de ser atacado por esa vía.

Llegadas las actuaciones a conocimiento del la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el *a quo*, por el voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos.

Para resolver así sostuvo, primeramente, que la resolución del Tribunal de Casación que rechazó la acción de *habeas corpus* intentada, por no resultar competente ese tribunal, no encuadraba en los supuestos previstos en los artículos 491 y 494 del Código Procesal Penal de la provincia, que sólo habilitan la procedencia de ambos recursos contra las sentencias definitivas.

Además, sin perjuicio de lo anterior, señaló que en el caso la decisión cuestionada no sólo no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales, sino que ni siquiera hacía lo propio con misma pretensión incoada, en tanto ésta fue sometida a los magistrados a cuya disposición se encuentran los detenidos en cuya representación la acción fue interpuesta.

Por último, expresó que resultaba inadmisible que la competencia de los tribunales se abriera como consecuencia de una conjetura del recurrente relativa a un supuesto impedimento de solución por parte de los magistrados legalmente habilitados, sin que exista en consecuencia la necesidad de apelar a poderes implícitos que, en todo caso, no podrían ser usados en detrimento de las normas vigentes en tanto

éstas permiten que se ventile judicialmente ante quien corresponda la pretensión del recurrente.

Contra este pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a esta presentación directa.

– III –

El apelante funda el carácter definitivo de la sentencia impugnada en la circunstancia de que impide la prosecución del procedimiento tal como se lo había planteado, esto es, como acción colectiva. Al respecto, aduce que no es posible sostener, sin incurrir en un claro error conceptual, que la misma cuestión objeto de la presentación puede ser aún debatida –en forma desgranada– ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se hallan los detenidos por quienes se iniciara el *habeas corpus*, pues ello implicaría defender la idea errónea de que una acción colectiva es igual a la suma de muchas acciones individuales tramitando separadas. Agrega, una vez más, que el artículo 43 del texto constitucional reconoce legitimación a entidades no gubernamentales como el CELS para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que necesitan especial tutela, lo cual desconoce el resolutorio cerrando definitivamente la discusión sobre este tema. Añade, también, que prueba de la conveniencia de encauzar la pretensión en el marco de una acción colectiva y de la falta de equivalencia con la solución individual postulada por el *a quo* era que habiéndosele dado intervención en el procedimiento a todos los jueces supuestamente competentes, el gravamen que se intenta subsanar no sólo aún subsiste, sino que ha ido aumentando inexorablemente su magnitud, a pesar de haberse clausurado los calabozos de algunas comisarías y haberse trasladado a algunos reclusos de un lugar hacia otro. En tal sentido, informó, con mención de la fuente, una serie de acontecimientos ocurridos con posterioridad al dictado del resolutorio de casación en los calabozos de las comisarías del conurbano bonaerense (motines, muertes, incendios, etc.) que darían cuenta de la situación denunciada no sólo perdura sino que se empeora cada día.

Subsidiariamente manifiesta que, aun cuando se disintiera con la idea de que la cuestión no puede plantearse o renovarse en otro juicio, la resolución del *a quo* debe ser considerada equiparada a una senten-

cia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal, pues causaría, en todo caso, un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, en tanto los garantías constitucionales afectadas requieren tutela jurisdiccional inmediata ya que una ulterior decisión favorable no podría suprimir los perjuicios ocasionados entretanto por las denigrantes condiciones de detención que los afectados deben padecer, y que ponen en peligro no sólo su integridad física, sino también su vida.

Por lo demás, expresa que al rechazar los recursos extraordinarios locales por considerarlos inadmisibles, el *a quo* se pronunció, sin embargo, sobre las cuestiones constitucionales controvertidas, pues al señalar que la pretensión debe ventilarse judicialmente ante los magistrados a cuya disposición se encuentran los detenidos por quienes se iniciara la acción, desconoce la posibilidad de accionar colectivamente en el marco de un *habeas corpus* correctivo, tal como lo prevé el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional. Asimismo, aduce que, al sostener el *a quo* que es inadmisible que la competencia de los tribunales se abra como consecuencia de una conjetura del recurrente, rechazó el planteo de que dicha negativa importa una violación al derecho al acceso a la jurisdicción. Concluye, sobre esta base, que las mismas cuestiones que el CELS intenta someter a conocimiento de V.E. fueron propuestas oportunamente a través de los recursos locales deducidos ante el *a quo*, tribunal que al rechazarlos se pronunció sobre las mencionadas cuestiones, por lo que cabe tener por fenecida la causa ante el superior tribunal provincial.

Supletoriamente, para el caso de que se entendiera que el *a quo* se limitó a declarar formalmente inadmisibles los remedios extraordinarios locales, sin pronunciarse sobre las cuestiones constitucionales controvertidas, sostiene que el recurso extraordinario sería igualmente procedente, pues la negativa a conocer la materia constitucional constituye en sí misma una cuestión federal suficiente, de acuerdo con la jurisprudencia de V.E. (Fallos: 308:490 y 311:2478) invocada oportunamente ante el *a quo*.

Asimismo, aduce que el *a quo* también habría incurrido en arbitrariedad, al haber omitido tratar la cuestión relativa a la falta de pronunciamiento del Tribunal de Casación respecto a si existía o no en el caso planteado gravedad institucional, lo cual había sido objeto del recurso de nulidad interpuesto, o bien la autocontradicción que

imputó, subsidiariamente, también a ese tribunal para el caso de que se entendiera que su declaración de incompetencia para conocer originariamente en la acción significó descartar implícitamente que el caso configurara un supuesto de gravedad o interés institucional.

– IV –

A mi modo de ver, el recurso intentado es formalmente admisible, toda vez que el pronunciamiento impugnado proviene del tribunal superior de la causa, y rechaza en forma definitiva la acción con el alcance colectivo que la actora pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

Además, se halla cuestionada la inteligencia del artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional y la resolución ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en esa norma (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

En lo que respecta a la causal de arbitrariedad invocada por el apelante, estimo que se vincula de un modo inescindible con los temas federales en discusión y, por ello, debe ser examinada en forma conjunta (Fallos: 322:3154 y 323:1625).

– IV –

En cuanto al fondo de la cuestión, considero que asiste razón al recurrente cuando afirma que, por la índole de las cuestiones debatidas y expuestas *in extenso* en los acápites precedentes, el Centro de Estudios Legales y Sociales se halla legitimado activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo prescripto por el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional (Fallos: 320:690; 323:1339 y 325:524).

Pienso, asimismo, que reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva.

Por lo demás, también lleva la razón, a mi entender, la actora cuando sostiene que, en atención a la situación denunciada –cuyas características y gravedad tanto el Tribunal de Casación como el propio *a quo* reconocen–, el ejercicio de acciones individuales en procesos separados podría incluso perjudicar a los miembros del colectivo.

Por último, y en cuanto la pretensión de que sea el Tribunal de Casación provincial el órgano jurisdiccional que conozca en forma originaria la acción de *habeas corpus* colectiva, observo que el *a quo* omitió pronunciarse sobre la tacha de arbitrariedad que el recurrente dirigió al fallo del Tribunal de Casación que omitió, a su vez, resolver esa cuestión a pesar de su planteamiento oportuno y con invocación de su propia jurisprudencia. En tales condiciones, la falta de tratamiento y resolución de la cuestión planteada priva al pronunciamiento de fundamentos suficientes que lo sustenten, lo cual lo descalifica en este aspecto como acto jurisdiccional válido (Fallos: 321:2243).

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado. Buenos Aires, 9 de febrero de 2004. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que –por mayoría– declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos contra la resolución de la Sala III del Tribunal de Casación Penal provincial,

que había rechazado la acción de *habeas corpus* interpuesta, en forma directa ante ese tribunal, por Horacio Verbitsky, en su calidad de director del Centro de Estudios Legales y Sociales –en adelante CELS–, a favor de la totalidad de los detenidos que se encuentran alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, el accionante interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presentación de esta queja.

I.– **Relato de los hechos**

I.1.– **La acción de *habeas corpus***

2°) Que con fecha 15 de noviembre de 2001 Horacio Verbitsky, en su carácter de representante legal del CELS, interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *habeas corpus* correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Indicó que en el territorio provincial funcionan 340 comisarías cuyas instalaciones permiten albergar a 3178 personas, pero que en la realidad alojan 6364; haciendo hincapié en que esta situación se agravaba notablemente en las seccionales del conurbano bonaerense, en las cuales a la fecha de la presentación se hallaban detenidas 5080 personas en celdas que sólo podían cubrir 2068 plazas.

Describió que los calabozos de estas comisarías se encontraban en un estado deplorable de conservación e higiene, que carecían por lo general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliario –por lo que toda actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollaban los internos, debía llevarse a cabo en el piso–, que los sanitarios no eran suficientes para todos y que no se garantizaba la alimentación adecuada de los reclusos. Frente a esta situación, sostuvo que el riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas se tornaba mucho mayor, al igual que el aumento de los casos de violencia física y sexual entre los propios internos.

Especificó que los lugares de alojamiento de detenidos provinciales deben respetar reglas mínimas que garanticen los derechos de los

reclusos. En ese sentido, indicó que los lugares de alojamiento de detenidos debían ser considerados en función al cubaje mínimo por interno, a las condiciones de aireación, de iluminación, de calefacción, de sanidad, a la cantidad de camas, de seguridad para el descanso, de contacto diario al aire libre con posibilidad de desplazamiento, de acceso al servicio médico, al sistema educativo, trabajo y a la alimentación adecuada; condiciones éstas, que el Estado provincial no satisfacía siquiera mínimamente en virtud del hacinamiento denunciado.

Manifestó que estas condiciones de detención incrementaban las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia.

Por otra parte, señaló que la situación en las cárceles provinciales no era mejor y que incluso el Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia físico–funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

Explicó que muchas personas permanecen detenidas en comisarías, pese a que la Constitución y la ley lo impiden, consignando además, que gran cantidad de los detenidos continuaban en dichas instalaciones pese a haber vencido el plazo que la ley menciona para su alojamiento excepcional, y si bien había sido ordenado el traslado de gran parte de ellos a unidades penitenciarias, éste no se había hecho efectivo por falta de cupos en éstas.

Refirió que muchas de las personas detenidas en comisarías se encontraban procesadas con prisión preventiva, por lo que su detención debía llevarse a cabo en dependencias carcelarias propiamente dichas, pertenecientes al Servicio Penitenciario, invirtiendo de esta manera los roles del personal policial, que debe garantizar la seguridad de aquéllos, cuando dicha tarea no corresponde a su órbita institucional.

Mencionó especialmente la situación de las mujeres y menores detenidos en establecimientos policiales como una violación flagrante de las normas internacionales que rigen la materia.

En suma, consideró que la situación planteada en los hechos resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y de diver-

sos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; como así también de las leyes nacionales y provinciales que aseguran y regulan los derechos básicos de las personas detenidas, estableciendo un tratamiento humano y digno tendiente a garantizar el fortalecimiento de la dignidad humana y la inserción social de los procesados y condenados.

Sostuvo que la situación denunciada constituía un caso inobjetable de gravedad institucional que tornaba imperioso el tratamiento por parte de dicha judicatura, para que, mediante su pronunciamiento, se resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas de su libertad en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, dado que, las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior sólo habían producido resoluciones parciales que aliviaban la situación concreta de algunos, agravando en ciertas ocasiones la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento y la superpoblación.

En virtud de ello, el accionante consideró que las situaciones descriptas constituían agravamientos arbitrarios de las condiciones de detención legal y por ello hacían procedente la acción en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Sobre tal base solicitó al Tribunal de Casación provincial que asumiera la competencia respecto de la situación de ese colectivo de personas a los efectos de repararla como así también para que se determinara un mecanismo que sea capaz de evitar la reiteración de estas irregularidades en el futuro.

A tal fin requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pudiera determinarse el modo en que la administración pueda hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención; modo éste que debía ser controlado por el Tribunal.

I.2.– **El dictamen conjunto del fiscal y del defensor ante el Tribunal de Casación Provincial**

3°) Que a fs. 23/24 de la presente queja se halla glosada la presentación conjunta efectuada por el fiscal y el defensor oficial ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. En la misma, solicitaron que se declarara admisible la acción de *habeas corpus* interpuesta por el CELS.

Coincidieron con el accionante en cuanto a que la situación planteada por éste constituía una violación sistemática y deliberada de las normas protectoras del respeto a la dignidad de la persona. Por ello, entendieron que resultaba insuficiente abordar la problemática en forma aislada, realizando presentaciones ante cada uno de los órganos jurisdiccionales de los distintos departamentos judiciales de la provincia, puesto que con ellas sólo podía lograrse una respuesta parcial o temporal sobre determinados casos, pero que en manera alguna, podía considerarse satisfactoria con respecto a la situación colectiva.

Finalmente, consideraron que el caso revestía gravedad institucional, no sólo porque excedía el interés de las partes, sino también porque comprometía eventuales responsabilidades del Estado Argentino ante los distintos organismos internacionales.

I.3.– **La sentencia del Tribunal de Casación**

4°) Que la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires decidió rechazar la acción incoada al considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en ésta, se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Sostuvo que su competencia estaba limitada al conocimiento del recurso de la especialidad, regulado en los arts. 406 y 417 del Código Procesal Penal local, por lo que no era competente para decidir en el caso traído a su conocimiento.

Señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estén, de manera significativa, referidas a un problema común. En función de ello, y en tanto la acción interpuesta en forma genérica cuestionaba el sistema carcelario provincial –y su sucedáneo policial como extensión de aquél–, no se dirigía a obtener decisiones específicas para casos concretos, no procedía su consideración puesto que las situaciones individuales podían variar mucho entre sí, en la medida en que podían encontrarse lesionados distintos derechos esenciales. Por este motivo, correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Finalmente, agregó que la acción de *habeas corpus*, no autorizaba –en principio– a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones de las condiciones de detención denunciadas en la presentación debía encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales a cuya disposición se hallaban los detenidos.

I.4.– **Los recursos locales de nulidad e inaplicabilidad de ley**

5°) Que el CELS impugnó ante la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires la sentencia del Tribunal de Casación a través de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley previstos en la Constitución provincial y en el procedimiento penal local, por considerar que había omitido el tratamiento de las cuestiones planteadas por razones formales de competencia, sin tomar en cuenta la gravedad institucional que los hechos denunciados acarreaban.

Por otra parte, consideró que la decisión adoptada –en tanto estableció que se debía analizar cada caso concreto de manera individual por los jueces de la causa, lo que obligaba a interponer una acción de *habeas corpus* correctivo por cada persona detenida en las condiciones referidas, ante los distintos jueces que entendieran en su causa–, había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional.

En este sentido, sostuvo su legitimación procesal activa para accionar en forma colectiva, pues lo que se perseguía con la presentación incoada no era sólo la solución de la situación individual de cada detenido, sino, antes bien, una respuesta concreta al conflicto colectivo que comprometía al Estado provincial, en virtud de la violación permanente y sistemática de los estándares jurídicos en materia penitenciaria fijados por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Agregó que los fundamentos dados por el tribunal para justificar su decisión conspiraban contra el principio de economía procesal, puesto que la interposición de una multiplicidad de acciones iba a generar otras tantas sentencias individuales que, incluso, podrían ser contradictorias entre sí, generando evidentes problemas de igualdad; mien-

tras que la acción colectiva permitía el dictado de un único pronunciamiento jurisdiccional referido a la solución de todo el conflicto.

Asimismo resaltó que la negativa a tratar las cuestiones planteadas en la acción colectiva significaba un supuesto de privación de justicia, en tanto que el agravamiento de las condiciones de detención de las personas amparadas continuaba sin repararse, y ello implicaba la continuidad de la vulneración de sus derechos, en franca violación de distintas normas del bloque de constitucionalidad federal.

Por último señaló, que si por vía de hipótesis el Tribunal de Casación provincial al declararse incompetente había descartado implícitamente que en el caso no concurrieran circunstancias para que se configurara un supuesto de gravedad institucional, este criterio no sólo no se ajustaba con sus propios pronunciamientos, sino que además, el propio fallo impugnado resultaba arbitrario por autocontradictorio, pues luego de indicar que la vía correspondiente para atender el reclamo era la de la acción individual ante cada juez de la causa donde se verificaran supuestos de agravamiento de las condiciones de detención, *obiter dictum* aparte, el propio juez Mahiques –que conformó la mayoría–, admitió que se trataba de un supuesto de gravedad institucional, reconociendo de esta forma la magnitud del conflicto.

I.5.– **La sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires**

6°) Que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, decidió declarar inadmisibles los recursos del accionante. Para resolver de esta manera sostuvo que la resolución impugnada mediante los recursos incoados no revestía carácter de definitiva. Tuvo en cuenta que el pronunciamiento recurrido no sólo no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales sino que ni siquiera hacía lo propio con la misma pretensión deducida, en tanto ésta fue sometida a los magistrados a cuya disposición se encuentran las personas detenidas amparadas por la acción interpuesta.

Por último indicó que no era inadmisible desplazar la competencia de los tribunales en detrimento de las normas vigentes, por supuestos que no pasaban de ser una conjetura del recurrente, en la medida que se planteaba la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal de Casación provincial, ante la imposibilidad de arribar a una

solución del conflicto por parte de los magistrados legalmente habilitados en cada caso concreto.

I.6.– **El recurso extraordinario federal**

7°) Que contra este pronunciamiento del tribunal superior local la actora interpuso recurso extraordinario federal. En dicho libelo, el recurrente justificó el carácter definitivo de la sentencia impugnada en la circunstancia de que impide la prosecución del procedimiento por la vía escogida, es decir, como *habeas corpus* colectivo.

En este sentido, calificó como error conceptual sostener que la cuestión planteada en el *sub judice* podía ser debatida individualmente en cada caso ante los magistrados a cuya disposición se hallan detenidos los amparados por el *habeas corpus* correctivo incoado, en tanto este razonamiento identifica a la acción colectiva como la suma de muchas acciones individuales tramitadas por separado, vulnerando de esta manera las pautas fijadas por el art. 43 constitucional que legitima a las entidades no gubernamentales para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que requieren especial tutela.

De esta manera, a criterio del recurrente, el pronunciamiento impugnado, cerraba definitivamente la discusión sobre el tema, impidiendo el tratamiento de los agravios encauzados en la acción colectiva, que difieren sustancialmente de la solución individual y aleatoria que podría obtenerse en cada caso individual.

Por otra parte, tomando en cuenta la situación denunciada, remarcó que el transcurso del tiempo y la demora que implicaría tratar cada caso en forma particular aumentaba el gravamen que padecen las personas detenidas en condiciones agravadas, incrementando los riesgos contra la vida y la integridad física, tanto de los detenidos como del personal policial y penitenciario de custodia, en virtud de los peligros de crisis violentas que la situación pudiera generar. En este sentido, sostuvo que el perjuicio que ocasionan las distorsionadas condiciones de detención que sufren los amparados, no sólo subsistían sino que habían aumentado desde que se interpuso la acción y tendían a empeorar día tras día.

En virtud de ello, manifestó que aun cuando no se compartiera el criterio en torno al carácter definitivo de la sentencia por la conclu-

sión del procedimiento por vía de la acción colectiva, la sentencia de la Corte bonaerense debía ser equiparada a definitiva, en tanto el gravamen que ocasionaba sería de imposible o insuficiente reparación ulterior, y se encontraban comprometidas en el caso garantías constitucionales que requerían de una tutela judicial inmediata, en la medida en que un pronunciamiento ulterior no podría subsanar los perjuicios causados por la demora de su dictado.

Por lo demás, consideró que el tribunal superior provincial al descartar la acción colectiva en favor de las acciones individuales se había expedido sobre la cuestión federal puesta a su consideración, por lo que cabía tener por fenecida la causa en la jurisdicción local.

Finalmente, y en forma supletoria para el caso que se entendiera que en la sentencia recurrida el tribunal *a quo* se había limitado a declarar formalmente inadmisible los remedios extraordinarios locales, sin pronunciarse sobre las cuestiones federales involucradas, solicitó que la misma sea revocada no sólo por no cumplir con lo establecido por esta Corte en los precedentes "Strada" y "Di Mascio", sino porque además el pronunciamiento era arbitrario, toda vez que había omitido tratar la cuestión relativa a la falta de pronunciamiento del Tribunal de Casación respecto a si existía o no gravedad institucional en el caso planteado, o en su defecto, de haberse considerado tratada, la autocontradicción imputada a esta sentencia la tornaba arbitraria.

II.– **El trámite de las audiencias públicas**

8°) Que esta Corte resolvió, en los términos del art. 34, inc. 4°, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación convocar a las partes a dos audiencias públicas, que se llevaron a cabo el 1° de diciembre del pasado año y el 14 de abril del corriente.

En las mismas, tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones.

9°) Que el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires proporcionó un informe que da cuenta del estado de situación en materia de personas privadas de la libertad en el ámbito territorial de la provincia, y también del programa de medidas propiciado por esa cartera para solucionar el conflicto.

De aquél, se desprende la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 –acentuándose desde 1998–, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04.

Se anexó un programa de reformas y ampliación del patronato de liberados, que lo posicionaría como una alternativa al encierro; la adquisición de un mayor número de pulseras magnéticas, y el impulso para la construcción de nuevas cárceles y alcaldías.

Por lo demás, se reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses –pese a la implementación del programa de traslado de detenidos a unidades del servicio penitenciario–; que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos, y los inconvenientes para solucionar de manera definitiva la situación en el corto plazo en virtud de la profundidad y los alcances de la crisis económica que afectó al Estado Nacional y provincial.

También se indicó que, para determinar las condiciones de alojamiento de los detenidos, resultan aplicables las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el 1° Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente”. Asimismo se reconoció que existe un abuso en la utilización del instituto de la prisión preventiva, el cual, sumado a la demora en la tramitación de los juicios, agregaba en las cárceles y comisarías una cantidad adicional de detenidos. Por este motivo puso en conocimiento de este Tribunal que se había elaborado un proyecto de ley de control de cupo penitenciario, a los efectos de dotar de un mecanismo de corrección de las situaciones de detención que no se ajusten a las reglas internacionales, como así también de un sistema de comunicación con los jueces a cuya disposición se encuentren los detenidos que estén en condiciones de obtener su libertad o de ser incluidos en un régimen atenuado o alternativo de la prisión.

Finalmente propuso la introducción de medidas de oportunidad e instancias de mediación penal para solucionar estos inconvenientes, pero que aún no fueron aprobadas legislativamente.

10) Que la parte actora puso en conocimiento del tribunal que en los tres años transcurridos la situación descripta en la acción originaria, no sólo no se había modificado sino que se había incrementado.

Al respecto, mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años.

Del mismo modo indicó que –según datos suministrados por el propio servicio penitenciario de la provincia–, pese a haberse construido en el lapso señalado *ut supra* 6810 plazas carcelarias, continuaban detenidas en comisarías 5441 personas a julio del pasado año.

Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, indicó que, a septiembre del pasado año, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso –según otras mediciones– al 50% de superpoblación.

Cuestionó las medidas llevadas a cabo por la provincia por cuanto ellas no habían tenido como resultado una variación sustancial de la situación, agregando a su vez, que algunas de las circunstancias se habían agravado en el último tiempo. En este sentido consideró que las propuestas del Estado provincial eran insuficientes e inidóneas para resolver las dificultades planteadas.

Consideró que las propuestas referidas al fortalecimiento del Patronato de Liberados y la adquisición de pulseras magnéticas, no tendrían un impacto sustancial sobre el problema del hacinamiento. Finalmente sostuvo que la superpoblación y las condiciones de detención continuaban agravándose como así también que había aumentado la cantidad de detenidos en dependencias policiales.

Sostuvo que la autoridad provincial considera que el hacinamiento padecido por los presos obedece –como regla general– a la escasez de espacio, motivo por el cual la solución al problema se reduciría a la construcción de nuevos lugares de detención, sin tomar en cuenta el aumento de la tasa de prisionización provocado por las medidas legis-

lativas, ejecutivas y judiciales provinciales, dispuestas en los últimos seis años.

Así refirió que "*el alojamiento ilegal de personas en establecimientos policiales, así como el hacinamiento en el sistema penitenciario se ha ido consolidando en la Provincia de Buenos Aires como una componente de las condiciones de privación de la libertad en los últimos años. Esto más allá de la permanente construcción de establecimientos penitenciarios y otras medidas que se hayan intentado... Una serie de políticas públicas en materia criminal, que ubicaron a la cárcel como principal herramienta de solución de los conflictos sociales, han provocado que la provincia de Buenos Aires esté cerca de las tasas de encarcelamiento cada 100.000 habitantes más alta de la región. Con 220 para el 2004 esta tasa solo es superada por Chile. Sin embargo su nivel de crecimiento ha sido superior no solo al de Chile sino inclusive a los niveles de incremento de la tasa de prisionización en los Estados Unidos de América. Los datos señalan que una serie de acciones llevadas a cabo desde los poderes ejecutivo provincial, reformas legislativas y decisiones judiciales han sido unas variables fundamentales del incremento de los niveles de privación de la libertad y de las condiciones en que ésta se cumplen en dependencias policiales y penitenciarias. Entre otras cosas, las modificaciones introducidas en la normativa provincial promovieron: a) restringir al máximo los supuestos de libertad durante la sustanciación del proceso, invirtiendo el principio de excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, y b) limitar el acceso a regímenes de ejecución de penas alternativos al encierro carcelario a cada vez más supuestos específicos, retomando la concepción de que los institutos pre-liberatorios constituyen 'beneficios penitenciarios' en lugar de modalidades de cumplimiento de condenas. Las decisiones de política criminal en la provincia de Buenos Aires están orientadas a promover, sin que la ilegalidad de las privaciones de la libertad actúe como límite, más privación de libertad tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, más presos detenidos por lapsos cada vez más prolongados*" (confr. fs. 256 vta.).

De esta manera mencionó que en los últimos seis años las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por las leyes provinciales 12.405 y 13.183 –que modificaron la regulación en materia de excarcelación–, como así también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, trajeron aparejadas un significativo aumen-

to en la cantidad de personas privadas de su libertad en el ámbito local.

Asimismo señaló que, en virtud de estas reformas legislativas, se incrementó significativamente el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años, pasando del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003.

Sin perjuicio de ello, refirió que igualmente la situación más grave de aumento de detenidos se vincula con detenciones durante el curso de los respectivos procesos, puesto que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

III.– **Las presentaciones de los *amicus curiae***

11) Que en el trámite del recurso interpuesto ante esta Corte, fueron anexadas al expediente las presentaciones en carácter de amigos del tribunal, articuladas por la "Comisión Nacional de Juristas", la Organización "Human Rights Watch", la "Organización Mundial contra la Tortura", la "Asociación por los Derechos Civiles", la "Clínica Jurídica de Interés Público" de Córdoba, la Asociación Civil "El Agora", la Asociación Civil "Casa del Liberado" de Córdoba, y el "Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal".

En ellas, los organismos mencionados aportaron argumentos de derecho y jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio para conocimiento de esta Corte.

IV.– **Dictamen del señor Procurador General de la Nación**

12) Que llegada la presentación directa a conocimiento de este Tribunal, con fecha 29 de agosto de 2003 se dispuso dar vista al señor Procurador General de la Nación, quien con fecha 9 de febrero de 2004, emitió el dictamen obrante a fs. 99/104 de los presentes actuados, opinando que correspondía declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario y, en consecuencia, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

Para así dictaminar, consideró que el recurso es formalmente admisible, puesto que el fallo impugnado proviene del tribunal superior de la causa, y además, rechaza en forma definitiva la acción con al-

cance colectivo que la actora pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

Agregó, que en el *sub lite* se halla cuestionada la inteligencia del art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional; y la resolución impugnada había sido contraria al derecho en que el recurrente fundó su planteo. Asimismo, estimó, que el tratamiento de la arbitrariedad del pronunciamiento apelado, no podía escindirse del conferido a la cuestión federal controvertida en el pleito.

En cuanto a los aspectos de fondo planteados, consideró que asistía razón al recurrente en cuanto sostuvo que se halla legitimado activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas privadas de su libertad en el ámbito provincial a las que se les habían agravado las condiciones de detención.

Destacó que esta legitimidad se desprende de la inteligencia que cabe asignarle al párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional, y en este sentido, tomando en cuenta que la pretensión del accionante tiene por objeto obtener una solución que abarque la totalidad de los casos que se encuentran en la misma situación, el razonamiento efectuado por el tribunal *a quo* en la medida en que impide el progreso de la acción colectiva, desvirtúa el alcance otorgado por la cláusula constitucional mencionada.

Por lo demás, compartió el criterio de la actora en lo que se refiere a que la acción colectiva resultaba el remedio procesal apto para solucionar la situación denunciada, toda vez que el ejercicio de acciones individuales en procesos separados podía incluso perjudicar a los miembros del colectivo.

Finalmente, coincidió con la recurrente en que la falta de tratamiento de cuestiones planteadas e invocadas oportunamente en la sentencia del tribunal inferior en grado, tornaban arbitrario el pronunciamiento, dado que no cuenta con fundamentos suficientes que sustenten esta carencia, descalificándolo entonces como acto jurisdiccional válido.

V.– **Procedencia del recurso extraordinario**

13) Que el recurso extraordinario, tal como lo manifestara el señor Procurador General de la Nación, resulta formalmente procedente puesto que cumple con todos los requisitos exigidos por la ley 48.

Ello es así puesto que la sentencia impugnada fue dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que reviste en el caso el carácter de superior tribunal de la causa.

Dicho pronunciamiento es definitivo, pues pone fin a la acción colectiva pretendida por la recurrente en los términos pautados por el art. 43 constitucional. Por otra parte, en cualquier caso sería equiparable, pues el gravamen que provoca el objeto de la acción y que perjudicaría a todos los detenidos en establecimientos policiales de la Provincia de Buenos Aires –representados por la actora– es de imposible e insuficiente reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata.

Asimismo existe cuestión federal suficiente pues se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 *in fine* del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional.

A mayor detalle, cabe destacar que al hallarse cuestionadas garantías del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional.

Por lo demás, la resolución ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en esas normas, el agravio subsiste al momento de fallar y existe relación directa e inmediata entre el planteo realizado, la sentencia impugnada y las cláusulas constitucionales invocadas.

VI.– **El *"habeas corpus"* colectivo.**

14) Que según consta en autos, en sus recursos ante la Corte provincial el CELS impugnó la interpretación del artículo constitucional 43 que hizo la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto al resolver que se debía accionar caso por caso desconoció la posibilidad de hacerlo en beneficio de intereses colectivos.

En consecuencia, al introducir sus agravios en la instancia extraordinaria federal, la parte recurrente sostuvo que la denegación de la acción intentada con fundamento en que ésta debía ejercerse ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se encuentran detenidos sus amparados, vulnera el derecho a promover acciones en forma colectiva reconocido en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional.

15) Que es menester introducirnos en la cuestión mediante el estudio de la cláusula constitucional en crisis, a fin de especificar el alcance de lo allí dispuesto, esto es, si sólo se le reconoce al amparo *strictu sensu* la aptitud procesal suficiente para obtener una protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, o si, por el contrario, se admite la posibilidad de hacerlo mediante la acción promovida en el *sub judice*.

16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *habeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

17) Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros).

18) Que este Tribunal –en una demanda contra la Provincia de Buenos Aires articulada en función de su competencia originaria, promovida a raíz de la muerte de 35 detenidos alojados en la cárcel de Olmos– ya había advertido que "*si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se cons-*

tituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa" (Fallos: 318:2002).

19) Que no se trata en el caso de discutir cuestiones importantes pero no esenciales, como el exactísimo cubaje de aire, dos o tres grados más o menos de temperatura u horarios de recreos y provisión de trabajo carcelario, media hora más o menos del horario de visitas, etc., sino que lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos.

VII.– **Los hechos no controvertidos en el caso y las propuestas del Estado provincial.**

20) Que el marco excepcional y acotado previsto para el tratamiento de agravios federales por vía del recurso regulado por el art. 14 de la ley 48, impide a este Tribunal examinar y analizar situaciones que se vinculen con cuestiones de hecho y prueba, justamente para no desnaturalizar su contenido, ni alterar irracionalmente la función de esta judicatura.

21) Que en virtud de lo expuesto, no es posible verificar en el caso concreto algunas de las situaciones planteadas, puesto que requieren de medidas de prueba que no corresponden a esta instancia. Ellas, indefectiblemente son de competencia de los jueces propios de las causas a cuya disposición se encuentran las personas detenidas, quienes tienen, por expreso imperativo constitucional, la obligación de comprobarlas y, en su caso, de adoptar las medidas necesarias para corregirlas.

22) Que muchas de estas situaciones, vinculadas con el espacio, la aireación, la alimentación, la iluminación, las instalaciones sanitarias, la recreación y la asistencia médica –si bien la experiencia común en la conflictividad global en que se enmarcan llevaría en principio a admitirlas como ciertas en general–, seguramente varían en cada lugar de detención y para cada caso individual, por lo que requieren un tratamiento específico, reservado *prima facie* a los jueces provinciales.

23) Que sin embargo, existen hechos no controvertidos en las actuaciones que surgieron en el marco del trámite de las audiencias públicas, y que esta Corte no puede dejar de considerar, pues corresponden a una situación genérica, colectiva y estructural y, además, quedan fuera de las cuestiones probatorias, pues, como se ha destacado, fueron admitidos por el gobierno provincial con encomiable sinceridad.

24) Que no se ha puesto en discusión la superpoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales. Esta superpoblación, en los niveles alcanzados y admitidos, de por sí acreditan que el Estado provincial incumple con las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, tampoco se puso en duda que se encuentran alojados en comisarías en calidad de detenidos adolescentes y personas enfermas.

También ha sido reconocido que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia.

Finalmente, está dicho y no controvertido en autos que si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia.

25) Que no compete a esta Corte evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria y, menos aún, su política criminal en la parte en que le compete, como tampoco podría hacerlo ni siquiera respecto del Estado Federal. La valoración de las medidas que el Estado provincial comunica haber adoptado y que fueran expuestas en las audiencias públicas, solicitando que se incorporaran a las actuaciones, no son materia que deba evaluar esta Corte en cuanto a su acierto o conveniencia, más allá de considerar que acreditan el esfuerzo del Estado provincial respecto del problema.

26) Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión.

Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas.

Efectivamente, las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.

En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al dialogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables.

27) Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.

No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas.

28) Que en este sentido, si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que "*estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales*" ... "*Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*" (Fallos: 318:2002).

29) Que en consecuencia, se plantea como disyuntiva, qué circunstancias ponderar al momento de decidir; pues no resulta sencillo determinar en qué medida el fallo que se dicte, según el temperamento

escogido y su fuerza ejecutoria, pueda contribuir a solucionar el conflicto, manteniendo el equilibrio y el respeto armónico que los principios republicano y federal demandan, como así también para garantizar el funcionamiento correcto de las instituciones y sus objetivos, sin sacrificar en aras de ellos otros derechos y deberes.

30) Que por este motivo, reconociendo la gravedad de la situación, los peligros que avizora y las dificultades que genera encontrar una solución en esta instancia, y con el marco acotado que proporciona el tratamiento del recurso extraordinario, fue que este Tribunal decidió convocar a las partes a sendas audiencias públicas, para tratar de encontrar en esa instancia de diálogo una propuesta consensuada y viable que permitiera allanar el camino para superar el conflicto.

31) Que no obstante ello y luego de realizadas las audiencias, esta propuesta consensuada no se ha vislumbrado, y la gravedad del caso impide seguir demorando el dictado de una sentencia, tomando en cuenta que el proceso ya lleva más de cuatro años de trámite sin que las medidas que se han adoptado para remediarlo hayan tenido eficacia. El Poder Ejecutivo provincial expuso una serie de esfuerzos que demuestran su empeño, pero que no resuelven la situación, precisando incluso que esto se debe al accionar de otros poderes del Estado provincial. Lo cierto es que parece que la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad. Se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen, lo que impide hacer cesar la violación de derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida y a la integridad personal de los presos, del personal de custodia y de terceros.

La experiencia corriente y técnica, y el sentido común indicarían que de seguir esta proyección, en el corto tiempo, el Estado provincial tampoco podría continuar su actual empeño, por obvias razones presupuestarias y políticas, o sea, porque se vería en la disyuntiva de continuar construyendo celdas indefinidamente o de atender otros requerimientos necesarios para el bienestar general (salud, educación, higiene pública, pavimentos, caminos, etc.). Esta perspectiva sería aun más peligrosa para los derechos que hoy se hallan comprometidos con las actuales condiciones de detención, pues se agravarían aun más y abarcarían a un número mayor de personas.

32) Que en el curso de las audiencias ha sido establecido, sin controversia alguna: a) el cuadro de situación señalado en el considerando 24; b) que hay menores y enfermos en comisarías; c) que los esfuerzos del Poder Ejecutivo provincial no alcanzan para resolver el problema porque no cede la curva ascendente del número de presos en la provincia; d) que este aumento responde básicamente a leyes provinciales en materia excarcelatoria y penitenciaria; e) que también el Poder Ejecutivo provincial considera que media un excesivo uso de la prisión preventiva por parte de los jueces de la Provincia de Buenos Aires.

33) Que frente a esta situación, al momento de definir las distintas alternativas a adoptarse y en el marco de su competencia corresponde que esta Corte adopte las medidas posibles y para ello es menester explorar esas posibilidades con referencia a los señalados puntos.

VIII.– **El cuadro de situación de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires y las posibles medidas de competencia de esta Corte.**

34) Que el art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que "*las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice*", reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento. El alcance de este texto ha sido puesto en discusión, dudándose si abarcaba a los condenados, pues tiene un claro origen histórico iluminista referido a la prisión cautelar, como que parece provenir de Lardizábal: "*Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos...*" *(Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, pág. 211, ed. con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Fundación Sancho El Sabio, Vitoria, 2001). Sin embargo, ha quedado superada la discusión después de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inc. 22 del art. 75 constitucional, y, además, en el caso se refiere al 75% de los amparados, que son presos cautelares.

35) Que la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente. "*Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal*" (Nuñez, Ricardo; *Dcho. Penal Argentino. Parte Gral. Tomo II*; Ed. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1960).

36) Que este Tribunal ha expresado: "*Que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ella, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral*". "*La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario*" (Fallos: 318:2002).

37) Que la situación no controvertida de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires pone en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial, además de que genera condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo de esos funcionarios y empleados.

Una prisión es un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superpoblación provoca descontrol y vio-

lencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad.

A ello cabría agregar que el personal policial, por su entrenamiento, no está preparado para cumplir esta función que no es la específica de su tarea social.

38) Que también genera peligro para la vida de terceros ajenos al conflicto, pues en no pocas ocasiones han padecido consecuencias lamentables vecinos de los lugares de detención o de las mismas cárceles amotinadas e incluso familiares sorprendidos por los acontecimientos en el interior de los establecimientos. También se vuelve peligroso para el propio personal judicial, habiéndose registrado casos de jueces tomados como rehenes. Todo ello sin contar con que la distracción de personal policial de sus funciones específicas resiente considerablemente el servicio de seguridad pública, con el consiguiente riesgo para la prevención secundaria de delitos de gravedad.

39) Que el derecho a un trato digno y humano reconocido a la personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país y especialmente de la propia Provincia de Buenos Aires, en cuyo *Reglamento Provisorio de la Penitenciaría* de 1877, sancionado por el gobernador Carlos Casares, establecía un régimen respetuoso de la dignidad humana sensiblemente notable para los estándares de su tiempo (*Reglamento Provisorio de la Penitenciaría*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, calle de Belgrano número 135, 1877).

La República Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977. Después de la reforma de 1994, con jerarquía constitucional, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la línea siempre seguida por la legislación nacional en la materia: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que “todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad”; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que “toda persona

privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; fórmula ésta que recepta de modo similar el art. 5 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.

40) Que ante esta situación es indudable que esta Corte no puede resolver todas las cuestiones particulares que importa, dadas las dificultades antes señaladas y el número de casos y variables posibles, pero es su deber instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros.

41) Que no escapa a esta Corte que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda.

IX.– **Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional**

42) Que la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los su-

puestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Esta Corte, en virtud del alto riesgo de responsabilidad internacional que de ello se deriva para el Estado Federal, debe disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones. Respecto de los niños y adolescentes, la presencia en comisarías resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se produjese una escalada análoga al número de presos, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente.

43) Que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de modo mucho más específico sobre cuestiones similares a las que motivan este *habeas corpus* correctivo, al analizar la violaciones de diversos derechos de la Convención Americana, en virtud de las condiciones de detención en el Establecimiento "Panchito López" en el Paraguay, que resultan de ineludible exposición (CIDH caso "Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay", el 2 de septiembre de 2004).

En dicho caso el tribunal internacional tuvo por probado que el crecimiento de la población carcelaria, originó serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos de dicho instituto paraguayo. Los internos se encontraban recluidos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas; mal alimentados y carecían de asistencia médica psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no disponían de una atención médica acorde con las necesidades especiales. Contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros o compartir camas y colchones. La falta de camas y colchones, junto con el hacinamiento, facilitaron que hubiera abusos sexuales entre los internos. También sostuvo que a pesar de que el nuevo código procesal paraguayo establecía que la prisión preventiva es la excepción a la regla que es la libertad, "la implementación de esa norma no se llevó a cabo por completo, pues la mayoría de los internos se encontraban

procesados sin sentencia". Además los internos procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados en el Instituto.

Respecto al hacinamiento consideró que fomentaba la desesperación y las tendencias hacia la violencia de los internos, y que "en vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimientos diarios y por lo tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos". Como consecuencia de tal estado de hacinamiento se produjeron varios incendios que el Instituto no estaba en condiciones de repeler, ocasionando la muerte de algunos de ellos.

En tal contexto, la Corte Interamericana interpretó los derechos y garantías previstos en el art. 5 de la Convención, el que establece en lo conducente que:

> 1. "*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*".
>
> 2. "*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*".
>
> 3. "*La pena no puede trascender de la persona del delincuente*".
>
> 4. "*Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas*".
>
> 5. "*Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento*".
>
> 6. "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*".

44) Que el tribunal interamericano señaló que "quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que se encuentra

en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

45) Que, en cuanto al derecho a la integridad personal, el tribunal señaló que es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia. Agregó que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana.

46) Que, específicamente en lo referente a los menores, la Corte Interamericana ha analizado la cuestión a la luz del art. 19 de la Convención Americana, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, *Sociales y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC–17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 54 (“Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay” op. cit).

Allí consideró que tales instrumentos y la Convención Americana conformaban un plexo normativo, el *corpus juris* internacional de protección de los niños. El tribunal señaló que cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el art. 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño, particularmente de las circuns-

tancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad.

47) Que, respecto a los presos sin condena, en el mencionado precedente la Corte Interamericana recordó que la prisión preventiva "es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática" (parágrafo 190). Por tales razones consideró que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos (parágrafo 228).

Sin embargo, al pronunciarse sobre si en el caso paraguayo se había violado el art. 7 del Pacto –que regula las condiciones de la prisión preventiva– consideró que era preciso conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva a cada interno para poder analizar si se ha cumplido con cada uno de los extremos señalados por el mismo. Razón por la cual señaló que aunque "la Corte frecuentemente ha utilizado la existencia de patrones o prácticas de conductas como un medio probatorio para determinar violaciones de derechos humanos, en el caso del artículo 7 de la Convención Americana se requiere una información individualizada al respecto de la que carece la Corte en el presente caso" (parágrafos 232 y 233), descartando de tal manera declaraciones genéricas o abstractas, y precisando que no podía pronunciarse respecto de presuntas víctimas específicas por carecer de elementos.

48) Que el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte los Principios básicos elaborados por las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos expresa que "con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la De-

claración Universal de Derechos Humanos...” (aprobado por Asamblea General, resolución 45–111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°).

El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión prescribe que “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Principio Sexto, Asamblea General Resol. 43/173 del 9 de diciembre de 1998).

Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663 C 31-7-57 y 2076-13-5-77).

49) Que respecto a los niños, y en igual sentido, la regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: “No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, educacional, profesional, sicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

50) Que también resultan importantes, sobre el agravamiento de las condiciones de detención la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), así como las Observaciones del Comité Derechos Humanos respecto Las Torturas y las Penas o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (art. 7 del 30 de julio de 1982); Trato Inhumano de las Personas Privadas de su libertad (art. 10) del 30 de julio de 1982 Observación General N° 9 del 10 de abril de 1992, la Observación N° 20 y 21 del 10 de abril de 1992, entre otras.

El 15 de noviembre de 2004, Argentina se convirtió en el sexto país en ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes (Naciones Unidas, Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes, General 22 de noviembre del 2004 CAT/C/SR. 622, parágrafo 6).

Interpretando dicha convención, recientemente las Naciones Unidas, a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes dictó “sus Conclusiones y Recomendaciones”, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33° Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004).

Allí señaló los “Factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la Convención” para lo cual tomaba “nota de las dificultades a las que se enfrenta el Estado Parte, especialmente aquellas de tipo económico y social”. No obstante, señaló “que no existen circunstancias excepcionales de ningún tipo que puedan invocarse para justificar la tortura”. Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación argentina enumeró entre otras las siguientes:

> 1. d) La no implementación uniforme de la Convención en las diferentes provincias del territorio del Estado Parte, como asimismo la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención, aun cuando la Constitución del Estado Parte les otorga rango constitucional.

2 (f) Los informes de arrestos y detenciones de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, la mayoría "niños de la calle" y mendigos, en comisarías de policía donde llegan a estar detenidos junto a adultos, y sobre las supuestas torturas y malos tratos padecidos por éstos, que en algunos casos les produjeron la muerte.

3 (h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes.

4 (i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte.

5 (j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación.

6 (m) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria.

A partir de ello el Comité fijó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

1 (d) Garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado Nacional aunque las violaciones hayan ocurrido en las jurisdicciones provinciales;

2 (g) Garantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la Provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por "motivos asistenciales" en todo el territorio nacional; (lo resaltado no es original) (Ver las Estadísti-

cas denunciadas por Country Repporteur ONU CAT Comité Contra la Tortura. CAT/C/SR. 622, del 22 de noviembre de 2004, parágrafo 46).

3 (h) Adopte medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad;

4 (i) Considere revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional, tomando en cuenta las recomendaciones de diciembre de 2003 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en cuanto a las medidas alternativas a la detención preventiva; 4 (m) Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas;

5 (o) Establezca un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención federales y provinciales a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo de la Convención;

6 (p) Establezca y promueva un mecanismo efectivo dentro del sistema penitenciario para recibir e investigar denuncias de violencia sexual y proveer de protección y asistencia psicológica y médica a las víctimas;

7 (r) Informe al Comité en el plazo de un año sobre las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los aps. e, f, l y o del presente párrafo.

51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (*Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina*. 9/10/2002. CRC/C/15/Add. 187 9 de octubre de 2002).

52) Que en relación al estado de la cuestión en los últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una serie de resoluciones significativas sobre violaciones al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos por parte de las administraciones penitenciarias de varios países de Europa. En 2001, el Tribunal dictaminó que Grecia había infringido el art. 3 al encerrar a *Donald Peers* en una celda sobrepoblada sin ventanas ni ventilación, en la que se veía obligado a hacer sus necesidades delante de otro recluso, todo el día trascurría en la cama ante la ausencia de programa para trabajar, educarse o hacer ejercicio y por la carencia de otros espacios físicos para movilizarse, ponderó además que había más prisioneros que camas. El tribunal señaló que si bien no había evidencias de una intención por parte de las autoridades penitenciarias de humillar al interno, ello no era determinante para considerar que se había violado el art. 3 de la Convención Europea (TEDH *Case Peers v. Greece*, sentencia del 19 de abril de 2001). También dictaminó que el Reino Unido había violado el mismo artículo al encerrar a *Adele Price*, una víctima de la talidomida sin brazos ni piernas, durante siete días en una celda no adaptada en modo alguno para sus discapacidades, allí no tenía un lugar adecuado para dormir, ni tampoco para hacer sus necesidades (*Caso Price v. The United Kingdom*, sentencia del 10 de octubre de 2001).

El mencionado tribunal en el caso “Kalashnikov” expresó que la forma de ejecutar medidas al interior de las cárceles no debe aumentar la intensidad del sufrimiento que lleva aparejado la permanencia en el interior de la prisión. Allí la Corte consideró que en todo momento, la superpoblación era tal que cada interno de la celda del demandante disponía de entre uno y dos metros cuadrados de espacio, que tenían que dormir por turnos de ocho horas que estaba infestada de olores y que los retretes estaban sucios y sin privacidad. La ausencia de una intención de humillar al detenido, aunque es tomada en cuenta, no excluía un trato inhumano y degradante violatorio del art. 3 del Convenio (TEDH en “*Kalashnikov v. Russia*” sentencia del 15 de julio de 2002).

53) Que, por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al interpretar la VIII enmienda de la Constitución de ese país, que prohíbe aplicar penas o tratos crueles inhumanos y degradantes, señaló que aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección constitucional por cuanto “no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país”

(*Wolff v. McDonnell*; 418 US 539, 1974). Por ello ha reconocido que las condiciones de confinamiento de los internos pueden, incuestionablemente, en determinadas circunstancias, constituir una pena cruel inhumana o degradante. Así los internos han obtenido respuestas a sus clamores constitucionales por sus condiciones de confinamiento, en lo referente a la comida inadecuada, a poca ventilación, hábitat con roedores o insectos, baños inoperables, pero el más común de todos los reclamos ha sido por las condiciones de hacinamiento, situación que se da en muchas prisiones de ese país (Lynn S. Branham, *The Law of Sentencing, Corrections, and Prisioners' Rights*, págs. 284/291, ed. West Group, 2002).

Si bien el gobierno federal y los estaduales de dicho país han invertido mucho dinero en la construcción de nuevas cárceles, pese a eso ello no se ha podido solucionar el problema de hacinamiento frente a una tasa de encarcelamiento siempre creciente. En algunos casos las autoridades penitenciarias han tenido que colocar camas en los gimnasios, en los comedores del establecimiento, en pasillos y en otros extraños lugares. Otra forma de responder ha sido aumentar en número de internos por celda diseñadas para albergar a menos personas (Lynn S. Branham, op. cit.).

En el caso *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979) la Corte Suprema consideró que era posible mantener a dos presos en una misma celda teniendo en cuenta, al mismo tiempo, que se trataba de plazos breves de detención y cuando los detenidos tenían una gran libertad de movimiento dentro del penal. Posteriormente en *Rhodes v. Chapman* 452 U.S. 337 (1981) juzgó que la presencia de dos presos por celda no significa que sus derechos constitucionales han sido violados siempre que las condiciones de las respectivas celdas resultaran adecuadas en cuanto a la superficie habitada, las condiciones de comida y temperatura y la posibilidad de utilizar otras instalaciones del penal en períodos diurnos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que con anterioridad la Corte Suprema también consideró en *Hutto v. Finney* 437 U.S. 678 (1978) que una corte de distrito estaba facultada para limitar la confinación de detenidos en celdas punitivas aisladas a no más de treinta días como un medio de aliviar las condiciones inconstitucionales de esas celdas. En particular, el máximo tribunal destacó que la decisión de la corte de distrito era una razonable respuesta a las condiciones sórdidas e inconstitucionales de esas celdas. Posteriormente en *Wilson c.*

Seiter 501 U.S. 294 (1991) estableció dos requisitos para considerar que se presentaba un castigo cruel e inusual para las condiciones de confinamiento. El primer requisito –objetivo– requiere que el preso haya sido privado de una "necesidad humana identificable" como comida, clima adecuado o ejercicio. El segundo requisito –subjetivo– supone que el demandante debe demostrar que el demandado actuó con indiferencia deliberada en fallar en la rectificación de las deficiencias de esas condiciones. Cabe aclarar que cuatro de los integrantes de la corte consideraron este requisito como innecesario y que los oficiales de las prisiones podían evitar su responsabilidad en estos casos echándole la culpa a los legisladores por no haber suministrado los fondos necesarios para superar estos problemas en las prisiones (Lynn S. Branham, op. cit.).

X.– **La legislación procesal y penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires.**

54) Que se ha manifestado que el número creciente de presos en la Provincia de Buenos Aires responde a las reformas legislativas en materia excarcelatoria y penitenciaria, lo que neutraliza los esfuerzos del Poder Ejecutivo provincial para resolver los problemas de capacidad en las prisiones.

55) Que tanto en materia procesal penal como de ejecución penal se plantea la cuestión de la competencia legislativa. Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.

56) Que si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace *según lo establece la presente Constitución*, es decir, conforme a las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano. Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica

y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos. En 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de *leyes marco*, como sucede contemporáneamente.

57) Que respecto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte. Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva –que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal– las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio.

Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptaría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal.

58) Que conforme a lo señalado en el considerando anterior, cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente

en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que *prima facie* parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y, por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación.

59) Que en materia penitenciaria la cuestión es aún más clara que en lo procesal. El 21 de agosto de 1917, al fundar Rodolfo Moreno (h) el despacho de la comisión acerca del Código Penal, decía que "*es necesario que se dicte una ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República, y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia, y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo código penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país*".

Después de un largo camino, que se inició en 1933, con la ley 11.833 (*Ley de organización carcelaria y régimen de la pena*), reglamentada por decreto 35.758 de 1947, reemplazada por el decreto-ley 412 de 1958, *conocido como ley penitenciaria nacional*, se llegó a la 24.660 de 1996 (*Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad*), cuyo art. 230 deroga el mencionado decreto-ley 412/58 y cuyo art. 228 dispone: "*La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente*". Esta disposición es mucho más sabia y respetuosa del principio federal que la consagrada en el decreto-ley precedente, pues, a diferencia de aquél, que se consideraba complementario del Código Penal y por ende, pretendía desconocer la competencia legislativa provincial, en la ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones.

60) Que, conforme a lo señalado en el considerando anterior, y que en esta materia también *prima facie* la ley provincial parece haberse alejado del estándar internacional y de la legislación nacional, si bien tampoco corresponde pronunciamiento de esta Corte en la presente causa, por iguales razones a las señaladas en el considerando 58, cabe que esta Corte exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación.

XI.– **Excesivo uso de la prisión preventiva**

61) Que ya no hay controversias respecto a que el 75% de detenidos en la Provincia de Buenos Aires aun no tiene condena firme. Este hecho puede deberse a distintas razones: parálisis o colapso casi total del sistema judicial, aplicación generalizada a imputaciones por delitos de menor gravedad, etc. Se ha admitido en los autos que este fenómeno creció a partir de las reformas legislativas antes señaladas y cuya eventual inconstitucionalidad corresponderá analizar en caso de ser planteada y de verificarse que viola los estándares internacionales mínimos válidos para toda la Nación.

No consta a esta Corte, si además se produce un uso discrecional muy extendido en las decisiones judiciales, pues es un dato aportado por el Poder Ejecutivo de la provincia y no controlable por este Tribunal.

62) Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha, pues fueron criticadas desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el que se destacaba ya su inutilidad, desatando una cadena de opiniones condenatorias que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Hace casi cincuenta años, en el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Londres, 1960), si bien se sostuvo la imposibilidad de suprimirla, se recomendaron los llamados *sustitutivos*.

63) Que en cualquier caso es dable evocar en esta emergencia –y con el 75% de presos sin condena– la descripción que hace ciento treinta

años hacía para España doña Concepción Arenal, para que si no se ha llegado a extremos análogos a la radiografía de la célebre penitenciarista española, todos los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires se esfuercen por evitarlos y, si eventualmente se han alcanzado, hagan lo propio por revertirlo: "*Imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja a la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza. Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se aplica sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es*" (Concepción Arenal, Estudios Penitenciarios, 2ª. Edición, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877, página 12).

XII.– **Resolutorio**:

Por ello, y oído que fuera el señor Procurador General, corresponde:

1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta

Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.

6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

Agréguese la queja al principal y extráiganse fotocopias certificadas para su reserva en este Tribunal. Notifíquese y remítase.

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

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires que –por mayoría– declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos contra la resolución de la Sala III del Tribunal de Casación Penal provincial, que había rechazado la acción de *habeas corpus* interpuesta en forma directa ante ese tribunal por Horacio Verbitsky, en su calidad de director del Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS– a favor de la totalidad de los detenidos que se encuentran alojados en establecimientos policiales superpoblados y en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, esa entidad interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presentación de esta queja.

2°) Que el 15 de noviembre de 2001 el representante legal del CELS, interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *habeas corpus* correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías superpoblados. Indicó que en el territorio provincial funcionan 340 comisarías cuyas instalaciones permitirían albergar a 3178 personas, pero que en la realidad alojan 6364; que esta situación se agravaba notablemente en las seccionales del conurbano bonaerense, que a esa fecha alojaban 5080 personas en celdas que sólo podían cubrir 2068 plazas.

Describió el estado deplorable de conservación e higiene de los calabozos de estas comisarías, que carecían por lo general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliario –toda actividad (comer, dormir, etc.) de los internos, debía llevarse a cabo en el piso–, que los sanitarios no eran suficientes para todos y que, por otra parte, no se garantizaba la alimentación adecuada de los reclusos. Esta situación –sostuvo– agravaba el riesgo de propagación de enfermedades infecto–contagiosas, al igual que el aumento de los casos de violencia física y sexual entre los propios internos.

Especificó que los lugares de alojamiento de detenidos provinciales deben respetar reglas mínimas que garanticen los derechos de los reclusos. Entre ellas mencionó el cubaje mínimo por interno, las con-

diciones de aireación, iluminación, calefacción y sanidad, la cantidad de camas y la seguridad para el descanso, el contacto diario con el aire libre y la posibilidad de desplazamiento, el acceso al servicio médico y a la educación y al trabajo; condiciones éstas, que el Estado provincial no satisfacía siquiera mínimamente. Estos extremos incrementaban las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia.

Por otra parte, señaló que la situación en las cárceles provinciales no era mejor y que incluso el Poder Ejecutivo provincial lo había reconocido al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

Explicó que muchas personas permanecen detenidas en comisarías, pese a que la Constitución y la ley lo impiden, consignando además, que gran cantidad de los detenidos continuaban en dichas instalaciones pese a haber vencido el plazo que la ley menciona para su alojamiento excepcional, y que si bien había sido ordenado el traslado de gran parte de ellos a unidades penitenciarias, éste no se había hecho efectivo por falta de cupos en esos establecimientos.

Refirió que muchas de las personas detenidas en comisarías se encontraban procesadas con prisión preventiva, por lo que su detención debía llevarse a cabo en dependencias carcelarias propiamente dichas pertenecientes al Servicio Penitenciario, invirtiendo de esta manera los roles del personal policial, que debe garantizar la seguridad de aquéllos, cuando dicha tarea no corresponde a su órbita institucional.

Mencionó especialmente la situación de las mujeres y menores detenidos en establecimientos policiales como una violación flagrante de las normas internacionales que rigen la materia.

Consideró que la situación planteada en los hechos resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional en cuanto garantizan el fortalecimiento de la dignidad humana y la inserción social de los procesados y condenados.

Sostuvo que la situación denunciada constituía un caso inobjetable de gravedad institucional que tornaba imperioso el tratamiento por

parte de dicha judicatura, para que, mediante su pronunciamiento, se resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas de su libertad en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Para sostener tal aserto, afirmó que las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior sólo habían producido resoluciones parciales que aliviaban la situación concreta de algunos, agravando en ciertas ocasiones la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento y la superpoblación.

En virtud de ello, el accionante consideró que las situaciones descriptas constituían agravamientos arbitrarios de las condiciones de detención legal y por ello hacían procedente la acción en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Sobre tal base, solicitó al Tribunal de Casación provincial que asumiera la competencia respecto de la situación de ese colectivo de personas a los efectos de repararla, como así también para que se determinara un mecanismo que sea capaz de evitar la reiteración de estas irregularidades en el futuro.

A tal fin requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que se determinara –con audiencia de todos los involucrados– el modo en que la administración local pudiera hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención.

3°) Que a fs. 23/24 de la presente queja se halla glosada la presentación conjunta efectuada por el fiscal y el defensor oficial ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la que solicitaron que se declarara admisible la acción de *habeas corpus* interpuesta por el CELS.

Ambos funcionarios coincidieron con el peticionario, en tanto la situación descrita por éste constituía una violación sistemática y deliberada de las normas protectoras del respeto a la dignidad de la persona. Entendieron igualmente que resultaba insuficiente abordar la problemática en forma aislada, es decir, mediante presentaciones ante cada uno de los órganos jurisdiccionales locales intervinientes pues, de ese modo, sólo se lograría una respuesta parcial o temporal sobre determinados casos, insatisfactoria respecto a la situación colectiva.

Finalmente, consideraron que el caso revestía gravedad institucional, no sólo porque excedía el interés de las partes, sino también porque comprometía eventuales responsabilidades del Estado Argentino ante los distintos organismos internacionales.

4°) Que la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires decidió rechazar *in limine* la acción incoada al considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación sobre la base de que su competencia estaba limitada al conocimiento del recurso de la especialidad, regulado en los arts. 406 y 417 del Código Procesal Penal local, por lo que no era competente para decidir en el caso traído a su conocimiento.

Señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estén, de manera significativa, referidas a un problema común. En función de ello, y en tanto la acción interpuesta en forma genérica cuestionaba el sistema carcelario provincial –y su sucedáneo policial como extensión de aquél–, no se dirigía a obtener decisiones específicas para casos concretos, no procedía su consideración. Por este motivo, correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Finalmente, agregó que la acción de *habeas corpus*, no autorizaba –en principio– a sustituir a los jueces competentes en las decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones de las condiciones de detención denunciadas en la presentación debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales a cuya disposición se hallaban los detenidos.

5°) Que contra esta decisión el CELS interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Indicó que se había omitido el tratamiento de las cuestiones planteadas por razones formales de competencia, sin tomar en cuenta la gravedad institucional que los hechos denunciados acarreaban.

Consideró que la decisión había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional. En este sentido, sostuvo su legitimación procesal activa para accionar en forma colectiva, pues lo que se perseguía con la presentación incoada no era sólo la solución de la situación individual de cada detenido sino, antes bien, una respuesta concreta al conflicto colectivo que comprometía al Estado provincial, en virtud de la violación permanente y sistemática de los estándares jurídicos en materia penitenciaria fijados por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Agregó que los fundamentos dados por el tribunal para justificar su decisión conspiraban contra el principio de economía procesal, toda vez que la acción colectiva permitiría el dictado de un único pronunciamiento jurisdiccional referido a la solución de todo el conflicto frente a una situación de gravedad institucional que como *obiter dictum* aparte, el propio juez Mahiques –que conformó la mayoría–, admitió.

6°) Que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, decidió declarar inadmisibles esos recursos. Para así resolver, sostuvo que la resolución impugnada no revestía carácter de definitiva, en tanto no vedaba que la cuestión fuera sometida a los magistrados a cuya disposición se encuentran las personas detenidas cuyo amparo se perseguía por la acción interpuesta.

Por último, indicó que era inadmisible desplazar la competencia de los tribunales en detrimento de las normas vigentes, frente a un supuesto que no pasaba de ser una conjetura del recurrente, esto es, la imposibilidad de arribar a una solución del conflicto por parte de los magistrados legalmente habilitados en cada caso concreto.

7°) Que contra este pronunciamiento del tribunal superior local, la actora interpuso recurso extraordinario federal.

Sustancialmente, esgrimió que constituía un error conceptual sostener que la cuestión planteada en el *sub judice* podía ser debatida individualmente en cada caso ante los magistrados a cuya disposición se hallan detenidos los amparados, razonamiento éste que identifica a la acción colectiva como la suma de múltiples acciones individuales tramitadas por separado, vulnerando de esta manera las pautas fijadas por el art. 43 constitucional que legitima a las entidades no gubernamentales para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que requieren especial tutela. De esta manera, a criterio del recurrente, el pronunciamiento impugnado, cerraba definitivamente la discusión sobre el tema, impidiendo el tratamiento de los agravios encauzados en la acción colectiva.

Por otra parte, la demora que implicaría tratar cada caso en forma particular sólo aumentaría los padecimientos de las personas detenidas en condiciones agravadas, a la par que incrementaría los riesgos respecto de la vida y la integridad física, tanto de los detenidos como del personal policial y penitenciario de custodia, en virtud de los

peligros de crisis violentas que la situación pudiera generar. Manifestó, aun cuando no se compartiera el criterio en torno al carácter definitivo de la decisión en tanto cierra la vía de la acción colectiva, la sentencia recurrida debía equipararse a definitiva, en tanto el gravamen que ocasionaba sería de imposible o insuficiente reparación ulterior.

8°) Que en el curso del trámite de la queja interpuesta por la denegación del referido recurso, esta Corte dispuso –en los términos del art. 34, inc. 4°, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– convocar a las partes a dos audiencias públicas, que se llevaron a cabo el 1° de diciembre del pasado año y el 14 de abril del corriente. Allí, tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial expusieron sus puntos de vista y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones.

9°) Que el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires agregó un informe que da cuenta del estado de situación en materia de personas privadas de la libertad en el territorio de la provincia, y también del programa de medidas propiciado por esa cartera para solucionar el conflicto.

De aquél, se desprende la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 –acentuándose desde 1998–, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad. Igualmente, da cuenta de la crítica situación de las cárceles provinciales en materia de capacidad de alojamiento, lo cual dio lugar a que se dispusiera –por la resolución ministerial 221/04– la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos.

Se anexó un programa de reformas y ampliación del patronato de liberados, que lo posicionaría como una alternativa al encierro; la adquisición de un mayor número de pulseras magnéticas, y el impulso para la construcción de nuevas cárceles y alcaldías.

De ese informe resulta igualmente la sobrepoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses –pese a la implementación del programa de traslado de detenidos a unidades del servicio penitenciario–; que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos, y los inconvenientes

para solucionar de manera definitiva la situación en el corto plazo en virtud de la profundidad y los alcances de la crisis económica que afectó al Estado Nacional y provincial. También se indicó que, para determinar las condiciones de alojamiento de los detenidos, resultan aplicables las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el 1° Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente".

Asimismo el documento destaca que existe un abuso en la utilización del instituto de la prisión preventiva el cual, sumado a la demora en la tramitación de los juicios, agregaba en las cárceles y comisarías una cantidad adicional de detenidos. Por este motivo puso en conocimiento de este Tribunal que se había elaborado un proyecto de ley de control de cupo penitenciario, a los efectos de dotar de un mecanismo de corrección de las situaciones de detención que no se ajusten a las reglas internacionales, como así también de un sistema de comunicación con los jueces a cuya disposición se encuentren los detenidos que estén en condiciones de obtener su libertad o de ser incluidos en un régimen atenuado o alternativo de la prisión.

Finalmente propuso la introducción de medidas de oportunidad e instancias de mediación penal para solucionar estos inconvenientes, pero que aún no fueron aprobadas legislativamente.

10) Que, por su parte, la actora destacó que en los tres años transcurridos la ya grave situación descripta en la acción originaria, no sólo no se había modificado sino que se había incrementado.

Al respecto, mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años.

Del mismo modo indicó que –según datos suministrados por el propio servicio penitenciario de la provincia–, pese a haberse construido en el lapso señalado *ut supra* 6810 plazas carcelarias, continuaban detenidas en comisarías 5441 personas a julio del pasado año.

Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, indicó que, a septiembre del pasado año, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos

mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso –según otras mediciones– al 50% de sobrepoblación.

Cuestionó las medidas llevadas a cabo por la provincia por cuanto ellas no habrían tenido como resultado una variación sustancial de la situación. En este sentido consideró que las propuestas del Estado provincial eran insuficientes e inidóneas para resolver las dificultades planteadas. Así, el fortalecimiento del Patronato de Liberados y la adquisición de pulseras magnéticas, no tendrían un impacto sustancial sobre el problema del hacinamiento.

Sostuvo que la autoridad provincial considera que el hacinamiento padecido por los presos obedece –como regla general– a la escasez de espacio, motivo por el cual la solución al problema se reduciría a la construcción de nuevos lugares de detención, sin tomar en cuenta el aumento de la tasa de prisionización provocado por las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales provinciales, dispuestas en los últimos seis años.

Así refirió que "*el alojamiento ilegal de personas en establecimientos policiales, así como el hacinamiento en el sistema penitenciario se ha ido consolidando en la Provincia de Buenos Aires como una componente de las condiciones de privación de la libertad en los últimos años. Esto más allá de la permanente construcción de establecimientos penitenciarios y otras medidas que se hayan intentado... Una serie de políticas públicas en materia criminal, que ubicaron a la cárcel como principal herramienta de solución de los conflictos sociales, han provocado que la provincia de Buenos Aires esté cerca de las tasas de encarcelamiento cada 100.000 habitantes más alta de la región. Con 220 para el 2004 esta tasa solo es superada por Chile. Sin embargo su nivel de crecimiento ha sido superior no solo al de Chile sino inclusive a los niveles de incremento de la tasa de prisionización en los Estados Unidos de América. Los datos señalan que una serie de acciones llevadas a cabo desde los poderes ejecutivo provincial, reformas legislativas y decisiones judiciales han sido unas variables fundamentales del incremento de los niveles de privación de la libertad y de las condiciones en que ésta se cumplen en dependencias policiales y penitenciarias. Entre otras cosas, las modificaciones introducidas en la normativa provincial promovieron: a) restringir al máximo los supuestos de libertad*

durante la sustanciación del proceso, invirtiendo el principio de excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, y b) limitar el acceso a regímenes de ejecución de penas alternativos al encierro carcelario a cada vez más supuestos específicos, retomando la concepción de que los institutos pre-liberatorios constituyen 'beneficios penitenciarios' en lugar de modalidades de cumplimiento de condenas. Las decisiones de política criminal en la provincia de Buenos Aires están orientadas a promover, sin que la ilegalidad de las privaciones de la libertad actúe como límite, más privación de libertad tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, más presos detenidos por lapsos cada vez más prolongados" (confr. fs. 256 vta.).

De esta manera argumentó que en los últimos seis años las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por las leyes provinciales 12.405 y 13.183 –que modificaron la regulación en materia de excarcelación–, como así también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, trajeron aparejadas un significativo aumento en la cantidad de personas privadas de su libertad en el ámbito local.

Asimismo señaló que, en virtud de estas reformas legislativas, se incrementó significativamente el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años, pasando del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003.

Sin perjuicio de ello, refirió que igualmente la situación más grave de aumento de detenidos se vincula con detenciones durante el curso de los respectivos procesos, puesto que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

11) Que en el trámite de la presentación directa ante esta Corte, se agregaron escritos de "amigos del tribunal", por parte de la "Comisión Nacional de Juristas", la Organización "Human Rights Watch", la "Organización Mundial contra la Tortura", la "Asociación por los Derechos Civiles", la "Clínica Jurídica de Interés Público" de Córdoba, la Asociación Civil "El Agora", la Asociación Civil "Casa del Liberado" de Córdoba, y el "Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal". Las mencionadas entidades aportaron argumentos de derecho y jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio para conocimiento de esta Corte.

12) Que con fecha 29 de agosto de 2003 se dispuso dar vista al señor Procurador General de la Nación, quien el 9 de febrero de 2004, emitió el dictamen obrante a fs. 99/104 de la queja.

Consideró que el recurso es formalmente admisible, puesto que el fallo impugnado proviene del tribunal superior de la causa, y además, rechaza en forma definitiva la acción con alcance colectivo que la peticionaria pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

Agregó que, en el *sub lite*, se halla cuestionada la inteligencia del art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional y la resolución impugnada había sido contraria al derecho en que el recurrente fundó su planteo. Asimismo, estimó que el tratamiento de la arbitrariedad del pronunciamiento apelado, no podía escindirse del conferido a la cuestión federal controvertida en el pleito.

En cuanto a los aspectos de fondo planteados, consideró que asistía razón al recurrente en cuanto sostuvo que se halla legitimado activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas privadas de su libertad en el ámbito provincial a las que se les habían agravado las condiciones de detención.

Destacó que esta conclusión se desprende de la inteligencia que cabe asignarle al párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional, y en este sentido, tomando en cuenta que la pretensión del accionante tiene por objeto obtener una solución que abarque la totalidad de los casos que se encuentran en la misma situación, el razonamiento efectuado por el tribunal *a quo* en la medida en que impide el progreso de la acción colectiva, desvirtúa el alcance otorgado por la cláusula constitucional mencionada. Compartió el criterio del recurrente en lo que se refiere a que la acción colectiva resultaba el remedio procesal apto para solucionar la situación denunciada, toda vez que el ejercicio de acciones individuales en procesos separados podía incluso perjudicar a los miembros del colectivo.

Finalmente, coincidió con la recurrente en que la falta de tratamiento de cuestiones planteadas e invocadas oportunamente en la sentencia del tribunal inferior en grado, tornaban arbitrario el pronunciamiento, dado que no cuenta con fundamentos suficientes que sustenten esta carencia, descalificándolo entonces como acto jurisdiccional válido.

13) Que el recurso extraordinario resulta formalmente procedente. En efecto, la sentencia impugnada fue dictada por el superior tribunal de la causa –la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires–. La decisión –si bien no pone fin al pleito ni impide su continuación– es equiparable a definitiva pues el gravamen que provoca es de imposible e insuficiente reparación ulterior, en la medida en que las denunciadas vulneraciones de distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, demandan una tutela judicial efectiva e inmediata que no admite el diferimiento a otro tipo de procesos.

Asimismo, existe cuestión federal suficiente pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, y, fundamentalmente, la alegada preterición de las garantías previstas por el art. 18 *in fine* de esa Constitución y diversas normas de tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), so color de limitaciones de índole procesal. La resolución ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en esas normas, el agravio subsiste al momento de fallar y existe relación directa e inmediata entre el planteo realizado, la sentencia impugnada y las cláusulas constitucionales invocadas.

14) Que en primer término, corresponde estudiar si resulta procedente la interposición –en este particular supuesto– de un *habeas corpus* colectivo, en protección de las condiciones de detención de todos los sujetos privados de libertad en el territorio de la Provincia de Buenos Aires y si a ese fin se encuentra legitimada la recurrente, persona colectiva distinta de los afectados.

15) Que a juicio de este Tribunal, la respuesta a dichos interrogantes debe ser afirmativa. En efecto, más allá del *nomen juris* empleado, la peticionaria pretende la modificación de una situación en la que se encuentran quienes están detenidos, respecto del goce de derechos básicos que afectan el respeto a su dignidad humana. Por tanto, y de acuerdo a lo decidido por la mayoría de esta Corte en Fallos: 325:524, corresponde dar curso a la acción de *habeas corpus* colectivo, solución para la que este Tribunal no encontró obstáculo en aquella oportunidad no obstante que, si se quiere, el derecho allí lesionado no comprometía –como ocurre en el caso– la vida misma de los afectados.

Para arribar a esta solución no puede pasarse por alto que la previsión del actual art. 43 de la Constitución Nacional contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace –al menos en forma expresa– con el *habeas corpus* colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio. Sucede que el amparo ha nacido en nuestro derecho constitucional como una extensión a otros derechos de la protección sumaria que las leyes otorgaron desde antiguo a la libertad corporal; basta para comprobar este aserto la lectura del señero precedente del Tribunal publicado en Fallos: 239:459 –caso "Siri"–. De tal manera, la interpretación del ámbito de sujetos amparados por el primigenio remedio procesal –bien que circunscrito a la protección de los derechos vinculados con la libertad física y las condiciones de detención– no puede prescindir de esta nueva categoría –la colectiva– de violaciones susceptibles de ser remediadas por procedimientos sumarios. Tal como lo sostuvo el Tribunal en Fallos: 241:291 –caso "Kot"– "[l]o que primordialmente tienen en vista el *habeas corpus* y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. **La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes 'los beneficios de la libertad', y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos**" (énfasis agregado).

16) Que, en definitiva, la cuestión de autos, especialmente debido a la gravedad que reviste, requiere –más allá del *nomen juris* de la acción apta para la defensa colectiva intentada– que frente a la comprobación inmediata de la clara violación de la garantía constitucional invocada, ésta sea restablecida por los jueces en su integridad. "(L)as garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer 'en qué caso y con qué justificativos podrá procederse'..." (causa "Siri" antes citada).

Los hechos denunciados en autos, constituidos por la existencia de situaciones plurales, demuestran la necesidad de admitir una acción

igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales.

17) Que como lo ha decidido esta Corte aun con anterioridad a la consagración constitucional del amparo colectivo –disidencia del juez Fayt en Fallos: 313:1262–, las pretensiones del recurrente no apuntan en modo alguno a cuestionar el sistema carcelario en forma genérica, sino a obtener soluciones concretas a las lesiones en los derechos más esenciales de cada uno de los amparados que varían en mucho de un caso a otro. En tal sentido, por ejemplo, el otorgamiento de asistencia médica adecuada a determinados amparados "no parece ser una petición desmedida ni de contenido genérico, ni de remedio imposible ni difícil, aun para los menguados recursos públicos" (disidencia citada, considerando 4°, *in fine*). Lo que se pretende "es la defensa de la dignidad humana de la cual no puede ser privado ningún habitante de la Nación, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad. En otros términos, se exige la aplicación de derechos constitucionales, cuya [preterición] agravia a la conciencia social" (disidencia citada, considerando 5°; voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en autos "Dessy, Gustavo Gastón", publicado en Fallos: 318:1894).

18) Que las circunstancias señaladas precedentemente, dan cuenta de la necesidad de hacer uso de la facultad que a esta Corte acuerda el art. 16 segunda parte de la ley 48. Sin embargo, no debe perderse de vista que esa atribución significa tan sólo sustituir al tribunal apelado (Fallos: 189:292) en el examen y decisión de la totalidad de las cuestiones comprendidas en la causa como lo habría hecho en un recurso ordinario de apelación (Ymaz-Rey, *El recurso extraordinario*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 2000, pág. 267 y sgtes.). En el caso y toda vez que la decisión recurrida se limitó a rechazar liminarmente la pretensión, la manera de "sustituir al tribunal apelado" debe circunscribirse necesariamente a disponer que se dé curso al presente *habeas corpus*.

La jurisdicción que a esta Corte le otorga la segunda parte del art. 16 de la ley 48 regula –como es evidente– el ejercicio de un supuesto de su competencia apelada. No es posible por esta vía asumir el conocimiento originario en una causa que como la presente aun no fue sustanciada, pues ello importaría violación de la previsión del

art. 117 de la Constitución Nacional. Debe recordarse que conforme reiteradamente lo ha sostenido este Tribunal, su competencia originaria es taxativa y no puede ser ampliada por la ley ni por vía interpretativa (causas "Siri, Angel", Fallos: 252:293; "Sara Rosenda Luján de Molina v. Jorge Rafael Videla y otros", publicada en Fallos: 306:1113; 311:1200; 318:1738). El imperio del estado de derecho requiere de la Corte, como lo sostuvo este Tribunal en el citado precedente de "Luján de Molina", el respetuoso cuidado de su competencia reglada, de naturaleza excepcional e interpretación restrictiva. La invocación de un supuesto de gravedad institucional no es apta para hacer excepción a la regla enunciada (causas "Orden y Justicia", Fallos: 312:640 y "Actuaciones relacionadas con la exportación de material bélico", Fallos: 322:1809, voto del juez Petracchi) en cuya preservación esta Corte ha sido siempre celosa, porque ella resulta de expresas disposiciones constitucionales. En este sentido, cabe recordar que desde el célebre caso "Sojo" (Fallos: 32:120) el Tribunal ha declarado que son ajenos a su competencia originaria los pedidos de *habeas corpus*, salvo que se trate de alguna de las personas mencionadas en el art. 117 de la Constitución Nacional (doctrina reiterada en los casos "Perez de Smith" Fallos: 300:1282; "Ernesto Toribio Chaparro" (Fallos: 311:999), "Miguel Angel Julián" (Fallos: 312:541), "Bernardino Rolando Ochoa Zambrano" y "Sergio Rogelio Castro" (Fallos: 313:493 y 615 respectivamente), "Fabián Guzmán Giménez" (Fallos: 314: 644), "Daniel Enrique Gorriarán Merlo" (Fallos: 318:2307), "Miguel Angel Natalio Rondano" (Fallos: 319:812), "Enrique Haroldo Gorriarán Merlo" (Fallos: 322:2488) y N.285.XXXIX "Nicolaides, Cristino s/ su solicitud de *habeas corpus*" del 31 de agosto de 2004, entre muchos otros).

19) Que, la grave situación descripta ya ha motivado que esta Corte reconociera la responsabilidad patrimonial de la Provincia de Buenos Aires por la muerte de 35 detenidos alojados en la cárcel de Olmos (Fallos: 318:2002). Esta comprobación exige recordar que para una genuina preservación de las garantías debe tenderse a su efectiva operatividad cuando ello es posible y no a generar situaciones que sólo conducirían eventualmente a reducirlas a instrumentos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (Fallos: 323:4130, disidencia del juez Fayt).

20) Que en este sentido, el Tribunal no puede dejar de señalar algunos extremos que necesariamente deberán ponderar los jueces de

la causa a fin de adoptar decisiones compatibles con la efectiva vigencia de los derechos en juego.

Es un deber de esta Corte como guardián último de las garantías constitucionales, señalar que la salvaguardia del derecho a la vida de los beneficiarios del pedido en estudio, podrá formularse ante los jueces competentes para ser atendida con la celeridad y eficacia que la situación requiere, actitud que el Tribunal –huelga decirlo– descarta que habrá de ser seguida (Fallos: 323:4008, voto del juez Fayt).

Durante el desarrollo de las audiencias convocadas por el Tribunal, existió consenso respecto de la gravedad de las condiciones de vida de los detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales. La sobrepoblación en los niveles alcanzados y admitidos, de por sí acreditaría el incumplimiento del Estado provincial respecto de las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, tampoco se puso en duda que se encuentran alojados en comisarías en calidad de detenidos, niños, adolescentes, mujeres y personas enfermas.

También ha sido reconocido que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto inocentes.

Finalmente, está dicho y no controvertido en autos que si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia.

21) Que a ese fin cabe recordar que no compete a los jueces evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria –menos aún, su política criminal–. Mucho menos le toca a esta Corte inmiscuirse en la forma en que las autoridades locales competentes cumplan con tan elementales deberes de gobierno (arts. 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional). La valora-

ción de las medidas que el Estado provincial adopte o haya adoptado, sólo podrá ser materia de decisión en la causa en la medida en que incidan en la situación de los amparados por este *habeas corpus*.

22) Que en el curso de las audiencias se ha informado a este Tribunal: a) el cuadro de situación señalado en el considerando 20; b) que hay mujeres, menores y enfermos en comisarías; c) que los esfuerzos del Poder Ejecutivo provincial no alcanzan para resolver el problema porque no cede la curva ascendente del número de presos en la provincia; d) que este aumento responde en parte a leyes provinciales en materia excarcelatoria y penitenciaria; e) que el Poder Ejecutivo provincial considera que media un excesivo uso de la prisión preventiva por parte de los jueces de la Provincia de Buenos Aires.

23) Que frente a esta situación, si bien al momento de decidir esta causa, los jueces competentes no podrán ir más allá de sus propias facultades, que no son tan amplias como para acordar una solución total, armónica y definitiva del conflicto global en lo inmediato. Sí deberán adoptar todas las medidas necesarias y compatibles con un rol republicano de la justicia.

24) Que en este sentido, no podrá prescindirse del claro texto constitucional del art. 18 que dispone que "*[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice*". Reconoce así –como ya se afirmó– a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano –igualmente consagrado por diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22)–.

25) Que sin desconocer el contenido aflictivo que comporta la privación de libertad –en cierta medida imposible de eliminar por ser inherente a esa situación– son los jueces ordinarios con competencia penal quienes mejor pueden apreciar con un importante grado de precisión y cercanía el intolerable e indebido agravamiento, que en muchos casos se configura y que legitima el pedido de autos. "*Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal*" (Nuñez, Ricardo; *Derecho Penal Argentino. Parte Gral. Tomo II*; Ed. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1960).

26) Que los jueces no podrán soslayar que situaciones semejantes poseen aptitud suficiente para poner en peligro la vida y la integridad física de los amparados por esta acción, además de la de terceros.

Igualmente, deberán recordar que esta situación de hecho debe decidirse con criterios compatibles con el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad, que ya había sido reconocido antes de la sanción de la Constitución Nacional, desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país. Especialmente de la propia Provincia de Buenos Aires, cuyo *Reglamento Provisorio de la Penitenciaría* de 1877, sancionado por el gobernador Carlos Casares, establecía un régimen respetuoso de la dignidad humana sensiblemente notable para los estándares de su tiempo (*Reglamento Provisorio de la Penitenciaría*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, calle de Belgrano número 135, 1877). La República Argentina tuvo un papel protagónico, por otra parte, en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31–7–57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977.

A este último instrumento de innegable valor interpretativo se suman las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos a los que se ha asignado jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que "todo individuo que haya sido privado de su libertad... tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; fórmula ésta que recibe de modo similar el art. 5 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

27) Que esta decisión no tiene la pretensión de obligar a los tribunales locales a resolver todas las cuestiones particulares que sin duda se encuentran involucradas, dadas las dificultades antes señaladas y las particularidades que puede asumir cada caso; sin embargo, es su deber instruirlos para que –dentro de sus respectivas competencias– comprometan sus esfuerzos para lograr el cabal cumplimiento de las

normas nacionales e internacionales que imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, particularmente, en lo que hace a la tutela de su vida humana e integridad física.

De ahí, que se exhorte a las instancias de grado a fin de que soliciten a los poderes políticos que agoten el aprovechamiento de los recursos materiales –particularmente de los ociosos– en orden a dar satisfacción a los derechos de los amparados en autos.

28) Que especial atención debe merecer la presencia de mujeres, adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales –en un total desamparo que agrava la ya preocupante situación de exclusión social que padece una parte importante de nuestra población–. Esa tarea deberá cumplirse, a la luz de los principios recogidos por las aludidas "Reglas Mínimas", destinadas a estimular el esfuerzo constante para lograr una buena organización penitenciaria y de tratamiento de los recluidos (conf. "Observaciones Preliminares" 1 a 3 de esas Reglas).

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se decide admitir formalmente el *habeas corpus* iniciado, al que en las instancias de grado, deberá darse curso con la celeridad que el caso amerita, en los términos expuestos en los considerandos precedentes. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 54 del voto de la mayoría.

55) No hay controversias respecto a que el 75% de detenidos en la Provincia de Buenos Aires aún no tiene condena firme. Este hecho

puede deberse a distintas razones: parálisis o colapso casi total del sistema judicial, aplicación generalizada a imputaciones por delitos de menor gravedad, etc. Se ha admitido en los autos que este fenómeno creció a partir de las reformas legislativas antes señaladas y cuya eventual inconstitucionalidad corresponderá analizar en caso de ser planteada y de verificarse que viola los estándares constitucionales e internacionales mínimos válidos para toda la Nación.

No consta a esta Corte, si, además, se produce un uso discrecional muy extendido en las decisiones judiciales, pues es un dato aportado por el Poder Ejecutivo de la Provincia y no controlable por este Tribunal.

56) Sin embargo, el examen de constitucionalidad del régimen de la prisión preventiva y la excarcelación vigente en la Provincia de Buenos Aires debe llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de las reglas contenidas en la Constitución federal y en los instrumentos internacionales que vinculan a las legislaturas provinciales.

La propuesta de utilizar como marco normativo obligatorio el Código Procesal Penal de la Nación importa una severa restricción del principio federal adoptado por nuestro país en el artículo 1° de la Constitución Nacional, pues, fuera del respeto a la Constitución y leyes federales, las provincias no pueden ser obligadas a seguir los criterios legislativos del Congreso Nacional en un tema que no ha sido delegado por las provincias, como lo es, la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva. Tanto menos cuando el Congreso al dictar el Código Procesal Penal no lo hizo con la expresa declaración o voluntad de que se utilizase como marco obligatorio para la legislación procesal provincial. En esta medida, considero que tal utilización configura también una desviación del principio democrático, pues se asigna a la voluntad legislativa un efecto y un alcance que no estuvo presente en el proceso deliberativo que precedió a la sanción de la ley y que tampoco es necesario para establecer una recta interpretación de su texto.

57) Todo ello sin perjuicio de que para establecer la constitucionalidad de la legislación procesal en materia de prisión preventiva y excarcelación deba tenerse también en cuenta su impacto sobre el servicio de custodia penitenciaria, en particular, la sobrepoblación y sus deletéreas consecuencias en términos de derechos humanos de los reclusos. Lo contrario implica admitir el funcionamiento de un siste-

ma ciego a sus efectos, que sigue alimentando cárceles atestadas sin posibilidad de corregirse a partir de la percepción de este dato de la realidad.

Por ello, y oído que fuera el señor Procurador General, corresponde:

1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.

6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para

mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

7. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

Agréguese la queja al principal y extráiganse fotocopias certificadas para su reserva en este Tribunal. Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos contra la resolución de la Sala III del Tribunal de Casación provincial, que había rechazado la acción de *habeas corpus* promovida por Horacio Verbitsky, en su calidad de director del Centro de Estudios Legales y Sociales, a favor de la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales y comisarías de la provincia. Tal decisión motivó la apelación federal, cuya denegación motivó la presente queja.

2°) Que, esta Corte ha establecido, como principio, que el *habeas corpus* no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que le incumben, respecto de las cuales, en caso de existir agravio constitucional, cabe la interposición de los recursos de ley (Fallos: 219:111; 220:35, 1224; 231:106; 237:8; 308:2236; 313:1262; 317:916; entre muchos otros).

3°) Que, en rigor, la pretensión de autos, tal como ha sido deducida, constituye una impugnación genérica al sistema carcelario pro-

vincial. En consecuencia, cabe atenerse a la inveterada jurisprudencia de esta Corte según la cual 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; 95:51 y 290; 130:157; 243:176; 256:103; 263:397, entre otros).

4°) Que no atañe a esta Corte diseñar una política carcelaria provincial y reglamentar su ejecución en todo o en parte. En este sentido, cabe recordar que desde antiguo se ha considerado que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones pues es el judicial el llamado a hacer observar la Constitución Nacional, y de ahí que su avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 311:2580; 320:2851; 324:2315).

5°) Que, como se advierte, existen sustanciales diferencias entre el *sub lite* y otros precedentes de esta Corte relativos a la condición de las personas privadas de su libertad, tales como los registrados en Fallos: 318:1894 "*Dessy*", 325:524 "*Mignone*" y la causa R.230.XXXIV "*Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal*", pronunciamiento del 9 de marzo de 2004, pues allí se perseguía una reparación susceptible de obtenerse mediante un pronunciamiento judicial. En efecto, en esos casos se hallaba en juego, respectivamente, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, el derecho al voto y la revisión de una sanción disciplinaria durante la ejecución de la pena. En cambio, aquí se persigue la modificación de un sistema carcelario en el ámbito de una provincia, lo cual excede las facultades jurisdiccionales de esta Corte. Máxime, cuando la nacionalización del régimen carcelario de una provincia probablemente haya de extenderse a las otras.

6°) Que, empero no es posible permanecer indiferente ante situaciones incompatibles con la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos a ella incorporados (art. 75, inc. 22), las que, por su gravedad, son susceptibles de conducir a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas revistan el verdadero carácter de una condena accesoria incompatible con la dignidad personal y con las garantías que el Estado tiene la obligación de preservar, para no incurrir en responsabilidad internacional. Si alguna situación de aquella magni-

tud alcanzara los estrados de esta Corte en una causa justificable, su jurisdicción habrá de ejercerse para la más plena vigencia de la Constitución, los tratados con jerarquía constitucional y las normas inferiores aplicables.

7°) Que, en tal sentido, cabe recordar que el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación general de los Estados Partes, de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y el pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción, lo que implica el deber de adoptar las medidas de seguridad necesarias para su protección. Estas obligaciones se tornan aún más evidentes en relación con las personas privadas de su libertad que están bajo custodia estatal (conf. caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100; *Medidas provisionales respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de la Cárcel de Urso Branco*, 7 de julio de 2004; en igual sentido, *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, del 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112*; Caso de las Penitenciarías de Mendoza*, 22 de noviembre de 2004).

8°) Que las provincias no son ajenas al cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello en atención a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional según el cual ella, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales. Por lo demás, con la reforma constitucional de 1994 la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional; Fallos: 324:3143, voto del juez Boggiano).

9°) Que, en ese orden de ideas, en reiteradas oportunidades, como aquí en el enjundioso voto de la mayoría, esta Corte ha expresado su preocupación por la dolorosa realidad que afecta a las personas privadas de su libertad. Así, ha establecido la necesidad de dar a las personas detenidas adecuada atención médica y odontológica, controles regulares, el otorgamiento de medicamentos esenciales y condiciones dignas de habitabilidad. Por ello, requirió al Poder Ejecutivo Nacio-

nal la implementación de medidas concretas para dar solución a los problemas económicos, administrativos y asistenciales que padecen las cárceles argentinas (Fallos: 310:2412; 311:313; acordada 90/92; Fallos: 315:2202; 316:155).

10) Que en virtud de tales precedentes ha de urgirse a los poderes de la Provincia de Buenos Aires, para que adopten las medidas necesarias en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, con el fin de asegurar que las detenciones y las condenas que se ejecutan en establecimientos sometidos a su jurisdicción no agreguen a la privación de la libertad lesiones a los derechos humanos de los presos (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Empero, tales rogatorias, por apremiantes que sean, no pueden llegar a suplir la ley provincial misma.

Por ello, oído el señor Procurador General, se desestima la queja a los poderes constituidos de la Provincia de Buenos Aires en los términos de la presente sentencia. Notifíquese, devuélvase los autos principales y archívese.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso de hecho interpuesto por **el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS),** representado por **Horacio Verbitsky,** patrocinado por el **Dr. Rodrigo Diego Borda.** Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.** Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal de Casación Penal, Sala III de la Provincia de Buenos Aires.**

ENTE NACIONAL DE OBRAS HIDRICAS DE SANEAMIENTO
v. PROVINCIA DE FORMOSA Y OTRA

INTERESES: Generalidades.

Corresponde rechazar la impugnación a la liquidación fundada en que el cálculo de los intereses a la tasa del 18% anual no se ajusta a lo decidido en la sentencia de condena si, al regular las partes en el acuerdo adicional las consecuencias

generadas por la mora en el cumplimiento de las prestaciones debidas, fijaron un interés punitorio a la tasa del 6% anual que sería adicional a los intereses del préstamo –del 12% anual– y que se devengaría sobre los importes en mora, lo que permite superar toda discrepancia acerca de cuál es la tasa adeudada a partir del incumplimiento jurídicamente imputable al deudor.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la cuestión a resolver ha quedado limitada a las observaciones formuladas por la Provincia de Formosa a fs. 293/294 con respecto a la liquidación practicada por la actora a fs. 291, pues sostiene que el cálculo de los intereses no se ajusta a lo decidido a fs. 212/219. La acreedora solicita el rechazo del planteo por las razones que expone a fs. 295.

2°) Que los intereses punitorios que ordenó pagar el pronunciamiento condenatorio de fs. 212/218 han sido correctamente liquidados por la demandante a la tasa del 18% anual.

En efecto, con respecto a la procedencia y cuantía de dichos réditos la sentencia expresó que correspondía hacer lugar a la demanda, por lo que los intereses punitorios se liquidarían según lo oportunamente convenido (considerandos 7° y 8°). De la remisión efectuada en el fallo surge concordemente la tasa indicada, dado que –por un lado– ella fue la reclamada en la demanda con arreglo a la liquidación de deuda acompañada a fs. 67, otorgando a este ítem de la pretensión un alcance que fue inequívocamente reiterado en la presentación de fs. 196/198, también considerada en el pronunciamiento (considerando 5°); por otro lado, al regular las partes en el acuerdo adicional de fs. 18/19 las consecuencias generadas por la mora en el cumplimiento de las prestaciones debidas, fijaron un interés punitorio a la tasa del 6% anual que sería **adicional** (énfasis agregado) a los intereses del préstamo –del 12% anual– y que se devengaría sobre “los importes en mora”, expresión que permite superar toda discrepancia acerca de cuál

es la tasa adeudada a partir del estado de incumplimiento jurídicamente imputable de parte del deudor (conf. cláusula 6°).

De ahí, pues, que no puede ser aceptada la interpretación fragmentaria de la cláusula en cuestión y del fallo que la demandada lleva a cabo para fundar su planteo, máxime cuando su admisión llevaría a desconocer uno de los principios sobre los que se asienta la responsabilidad civil, con arreglo al cual el estado de mora impone al deudor la obligación accesoria de soportar las consecuencias dañosas causadas por su retardo, al colocarlo, paradójicamente, como consecuencia de la reducción a la mitad de la tasa de interés, en condiciones más beneficiosas de las que gozaba mientras cumplió con las obligaciones a su cargo.

3°) Que también le asiste razón al Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento en cuanto sostiene que los accesorios devengados sobre la cuota octava, desde el 21 de junio de 1997 hasta el 7 de mayo de 2004, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento, dan como resultado la suma de $ 43.899,03 y no la cantidad de $ 43.288 que erróneamente indica el Estado provincial a fs. 294.

Por ello, se resuelve: Rechazar la impugnación deducida a fs. 293/294 y aprobar, en cuanto ha lugar por derecho, la liquidación practicada a fs. 291 por la suma de $ 81.423,45. Con costas por su orden en atención a que, a fs. 291 la actora –al rectificar la cuenta presentada– se allanó a las objeciones planteadas por la demandada a fs. 289/290; y a la índole de las cuestiones sometidas a decisión (arts. 68, segundo párrafo, y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Nombre de la actora: **Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento,** representado por la Dra. **Gabriela Alejandra Tamame,** patrocinado por la Dra. **Claudia Silvana Lucía Manzino.**
Nombre de los demandados: **Provincia de Formosa,** representada por el Dr. **Juan E. Ferrando.**

OLIVER WALTER MISHA RAUHUT v. PROVINCIA DEL CHUBUT

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

Para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, 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, quedando excluidas aquellas causas que se vinculan con el derecho público local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

Si –en virtud de la multa impuesta por infracción a la ley de Chubut 3559, sobre Régimen de las Ruinas y Yacimientos Arqueológicos, Antropológicos y Paleontológicos– se impugna un decreto local, por hallarse viciado de nulidad absoluta, al ser contrario a la Constitución Nacional y a la provincial, la materia del litigio no resulta ser exclusivamente federal, toda vez que el planteamiento que se efectúa incluye en forma conjunta una cuestión federal y una de orden local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

El respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, pues se debe tratar previamente en jurisdicción local la contradicción existente entre las normas de ese carácter, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por las personas. Distinta nacionalidad.

Si bien la competencia federal *ratione personae* procede en aquellos casos en que es parte un ciudadano extranjero, esto es así siempre que se trate de una “causa civil”, ya sea que éste litigue contra un vecino argentino o contra una provincia

(arts. 1°, inc. 1°, y 2°, inc. 2°, de la ley 48 y el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58), y no cuando un ciudadano extranjero demanda a una provincia en un pleito que se rige sustancialmente por el derecho público local, supuesto en el que la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La competencia originaria de la Corte Suprema, establecida de modo taxativo por el art. 117 de la Constitución Nacional, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Oliver Walter Misha Rauhut, quien dice ser extranjero y tener su domicilio en la República de Alemania, en su carácter de Doctor en Paleontología, Investigador Científico de la Humboldt Universitat Zu Berlín, en el Museum Fur Naturkunde, alegando haber participado en el proyecto "*Saurischian Dinosaurs from the Middle Jurassic in Argentina: phylogeneetic and biogeografic relationships*", que se llevó a cabo en la región patagónica de nuestro país, promovió demanda, ante el Juzgado Federal de Rawson, contra la Provincia del Chubut, a fin de obtener que se declare la nulidad absoluta del decreto 297/03, dictado por el Poder Ejecutivo provincial, a raíz del cual se le aplicó una multa por la presunta comisión de infracciones a la ley local 3559, sobre Régimen de las Ruinas y Yacimientos Arqueológicos, Antropológicos y Paleontológicos.

Cuestionó esa norma, en cuanto le impone una sanción sin el correspondiente sumario administrativo previo, es decir, sin haberle otorgado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, lo cual viola los arts. 18 de la Constitución Nacional y 44 de la Constitución de la Provincia.

Solicitó, como medida cautelar, con carácter urgente e inaudita parte, que se disponga la suspensión inmediata de los efectos de ese acto administrativo.

A fs. 94, el Juez Federal, de acuerdo con los fundamentos del Fiscal (v. fs. 93), se declaró incompetente, por considerar que la causa debe tramitar ante la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ser demandada una provincia por un extranjero.

A fs. 99, 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. 1°, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, 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 y sus citas), quedando excluidas aquellas causas que se vinculan con el derecho público local.

A mi modo de ver, esta última hipótesis es la que se presenta en el *sub lite*, dado que, según se desprende de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe estar de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– el actor impugna un decreto local, por hallarse viciado de nulidad absoluta, al ser contrario a la Constitución Nacional y a la Provincial.

En consecuencia, entiendo que la materia del litigio no resulta ser exclusivamente federal, como lo requiere una antigua jurisprudencia del Tribunal para que proceda su competencia originaria (Fallos: 311:1812 y 2154; 313:98 y 548; 315:448; 318:992 y 2457; 322:1470; 323:2380 y 3279), toda vez que el planteamiento que se efectúa incluye en forma conjunta una cuestión federal y una de orden local.

Ello, en virtud de que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, es decir, que se debe tratar

previamente en jurisdicción local la contradicción existente entre las normas de ese carácter, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:295 y 2841; 311:1470; 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

Además, el juez que intervenga para resolver la controversia tendrá que interpretar no sólo la Constitución Provincial sino también, a efectos de determinar su violación, las normas que regulan el procedimiento administrativo en esa jurisdicción territorial.

Por otra parte, debe advertirse que, si bien la competencia federal *ratione personae* procede en aquellos casos en que es parte un ciudadano extranjero, esto es así siempre que se trate de una "causa civil", ya sea que éste litigue contra un vecino argentino o contra una provincia (arts. 1°, inc. 1°, y 2°, inc. 2°, de la ley 48 y el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58), y no como en el caso, en donde un ciudadano extranjero demanda a una provincia en un pleito que se rige sustancialmente por el derecho público local, supuesto en el que la distinta nacionalidad cede ante el principio superior de la autonomía provincial (Fallos: 322:2444, cons. 3°, y 326:3481, asuntos de distinta vecindad, cuya doctrina resulta aplicable al *sub judice*).

En tales condiciones, dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que V.E. ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 314:94; 318:1837; 322:1514; 323:1854), opino que el proceso resulta ajeno a esta instancia. Buenos Aires, 11 de abril de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitirse a fin 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.

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

Nombre de la actora: **Oliver Walter Misha Rauhut**. Letrados patrocinantes: **Dres. Carlos Alberto Sáenz Almagro, Ricardo Pfleger y Enrique Alejandro Korn.** Ministerio Público Fiscal: **Fiscal Federal subrogante. Dra. Estela G. Lamas. Fiscalía Federal – Rawson.**

JUAN RAMON SITJA Y BALBASTRO
V. PROVINCIA DE LA RIOJA Y OTRO

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

El art. 13 de la ley 25.344, referente al ámbito de aplicación de la consolidación, no introduce la distinción de los créditos según su naturaleza contractual y extracontractual, ni una excepción en sentido semejante puede extraerse de las excepciones allí establecidas.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

El régimen que dispone la ley de consolidación 7112 de La Rioja resulta de la adhesión prevista en el art. 24 de la ley 25.344, por lo que nada impide su aplicación en la instancia originaria de la Corte Suprema en la medida en que no se presenta un conflicto con el art. 31 de la Constitución Nacional (art. 21, ley 48).

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Las provincias están facultadas para invocar la ley de consolidación aun cuando se haya dictado sentencia en un proceso, ya que ello no afecta la cosa juzgada del pronunciamiento, pues sus disposiciones son aplicables aun a los actos jurisdiccionales dictados.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 1033/1064 la Provincia de La Rioja solicita la aplicación de la ley de consolidación 7112 a los créditos que resultan de la sentencia dictada a fs. 991/1004. Corrido el traslado pertinente, el actor se opone en los términos de su presentación de fs. 1121/1125, a cuyos argumentos se adhieren los peticionarios de fs. 1147 y 1162. Por su parte, a fs. 1155, 1156 y 1164 los peritos resisten el planteo en los términos allí expresados.

2°) Que mediante el dictado de la ley 7112 la demandada se ha adherido a la nacional 25.344 de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 de esta última. Así ha consolidado las obligaciones a su cargo, extremo que impone la obligación de que los interesados se ajusten a sus disposiciones y a los mecanismos administrativos allí previstos a fin de perseguir los créditos que les son reconocidos (Fallos: 317:739, y sus citas).

3°) Que, contrariamente a lo afirmado por el actor su crédito no está excluido del particular régimen legal. En efecto, por medio de la ley en examen el Estado provincial deudor se adhirió a la ley nacional 25.344 "en todo cuanto fuera aplicable o en los aspectos que correspondieren a la jurisdicción y competencia sobre los derechos y obligaciones emergentes del contenido que nace de la normativa nacional" (art. 1°, ley 7112); a su vez ésta en su art. 13 referente al ámbito de aplicación de la consolidación, no introduce la distinción de los créditos según su naturaleza contractual y extracontractual –vgr. el del interesado–, ni una excepción en sentido semejante puede extraerse de las excepciones allí establecidas.

4°) Que tampoco resulta procedente la objeción según la cual en instancia originaria no puede ser admitida la invocación de la ley en estudio, por cuanto el régimen que ella dispone resulta de la adhesión prevista en el art. 24 ya señalado. Nada impide su aplicación en esta instancia en la medida en que no se presenta un conflicto con el art. 31 de la Constitución Nacional (art. 21, ley 48; confr. causa T. 125.XXIV "Telecinema S.A. c/ Formosa, Provincia de –Ministerio de Cultura,

Educación y Comunicación Social– s/ ejecutivo", sentencia del 19 de agosto de 1993; Fallos: 317:739).

5°) Que cabe asimismo poner de resalto que este Tribunal les ha reconocido a las provincias la facultad de invocar la ley de consolidación aun cuando se haya dictado sentencia en un proceso, ya que ello no afecta la cosa juzgada del pronunciamiento, pues sus disposiciones son aplicables aun a los actos jurisdiccionales dictados (Fallos: 317:1422 y su cita).

6°) Que, por último, la escueta y genérica impugnación de fs. 1155 sobre la base de la cual se sostiene que la legislación referida afecta garantías constitucionales no basta para que la Corte ejerza en el caso la atribución más delicada de las funciones que le han sido encomendadas (Fallos: 264:364 y 301:904).

Por ello, se resuelve: Desestimar las oposiciones formuladas. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Profesionales intervinientes: **Dres. Clara Dora Leimsieder, Guillermo Pablo Mitchell, Fernando B. Menéndez, César Luis Alberto Garay, Eduardo Alberto Bruno Bonzon, Edmundo F. von der Becke, Raúl Jorge Schiavone, Rodolfo Bembihy Videla, Juan Miguel Bargallo Beade.**

JUAN JOSE SALINAS Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

En aquellos supuestos en que se contrata la publicación y se entrega el texto ofensivo en una jurisdicción para ser impreso en otra, el delito puede reputarse cometido en ambos lugares, por lo que la elección del tribunal debe realizarse atendiendo razones de economía procesal.
–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 suscitada entre la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, y el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 14, se refiere a la causa instruida por los delitos de calumnias e injurias.

Reconoce como antecedente la querella iniciada por Antonio Ernesto Arcuri contra Juan José Salinas y los responsables de Editorial Planeta Argentina S.A.I.C. –autor y editores del libro "Amia - El atentado"–, que contendría manifestaciones que lo difaman y deshonran.

Luego de un conflicto interno de competencia trabado entre el Juzgado Correccional N° 1 de La Plata y el Juzgado en lo Correccional N° 1 de Lomas de Zamora, resuelto por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires en favor del último (fs. 23/26), la cámara de apelaciones departamental, a raíz del recurso de apelación interpuesto por la defensa de los imputados, dispuso que la magistrada de Lomas de Zamora declinara la competencia en favor de la justicia nacional.

Para así resolver los jueces alegaron que fue en la sede de Editorial Planeta, ubicada en la ciudad de Buenos Aires, donde se habría editado el libro cuestionado y divulgado las presuntas calumnias e injurias (fs. 40/41).

Por su parte, el magistrado nacional, con base en la doctrina de Fallos: 311:2537 y 318:857, rechazó el conocimiento de la causa, observando que la impresión del libro tuvo lugar en la localidad de Avellaneda (fs. 33/34).

Vueltas las actuaciones al tribunal de alzada, los magistrados insistieron en su criterio argumentando, en esta oportunidad, que cuando no coincide el lugar de impresión con el de edición, debe estarse en favor de este último, pues es por su intermedio que se divulga lo escrito (fs. 36/38).

Así quedó trabada la contienda.

V. E. tiene dicho, en un caso que guarda analogía con el presente, que en aquellos supuestos en que se contrata la publicación y se entrega el texto ofensivo en una jurisdicción para ser impreso en otra, el delito puede reputarse cometido en ambos lugares, por lo que la elección del tribunal debe realizarse atendiendo razones de economía procesal (Fallos: 286:283 y doctrina de 311:2537).

En consecuencia, dado que el expediente viene tramitando desde hace cuatro años en la justicia bonaerense, a la que acudió el querellante para hacer valer sus derechos, opino que corresponde al juzgado de Lomas de Zamora continuar conociendo en estas actuaciones. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

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 a la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, a sus efectos. Hágase saber al Juzgado Nacional en lo Correccional N° 14.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

RICARDO ANTONIO GEL v. DUVI S.A. Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones laborales.

Dada la especificidad de la materia y los elementos de derecho común de las disposiciones que rigen las relaciones jurídicas, debe declararse la competencia

de la Justicia Nacional del Trabajo respecto del reclamo de prestaciones dinerarias en virtud del infortunio ocurrido en ocasión del trabajo, que se fundó no sólo en la ley 24.557, sino también en la Constitución Nacional, la Ley de Contrato de Trabajo e instrumentos internacionales con rango constitucional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Tanto la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, (fs. 81/82 y vta.), como la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social (fs. 109), se declararon incompetentes para conocer en la presente causa.

Si bien la demandada recurrió el segundo pronunciamiento mediante el recurso extraordinario federal (ver fs. 111/113), y ante su denegatoria (v. fs. 120) dedujo la presentación directa ante la Corte, corresponde –no obstante– a V.E. dirimir en primer lugar el conflicto de competencia suscitado entre dos órganos judiciales de distintos fueros, en los términos del artículo 24, inc. 7° del decreto ley 1285/58.

La Cámara laboral, revocó el decisorio del juez de grado y declaró la incompetencia de la justicia del trabajo para seguir conociendo en la causa con base –centralmente– en que la pretensión se funda en la ley 24.557, lo cual comprometía su análisis en el ámbito de la responsabilidad administrativa jurisdiccional del sistema previsto por dicha normativa y que ha sido depositada en organismos de naturaleza federal, máxime cuando el pretensor no solo ha objetado con fundamentos constitucionales la actuación de las Comisiones Médicas, si no que, además, de los postulados contenidos en el artículo 46 de la citada norma, como de su decreto reglamentario N° 717 /96, capitulo IV, se prevé, en materia recursiva, la actuación de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Entendió que éste aspecto debe ser considerado como indicativo de cierta especialidad otorgada a favor de dicho fuero y citó, en tal sentido, la doctrina de V.E. en Fallos: 322:1220.

Por su lado, los integrantes del tribunal federal de la seguridad social y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Representante

de Ministerio Público, resistieron la radicación de la causa con fundamento en que no se dan los extremos requeridos por el artículo 46 de la L.R.T. que justifiquen la actuación de la justicia de excepción.

– II –

Cabe señalar que, a los fines de resolver cuestiones de competencia, se ha de tener en cuenta en primer termino la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión (v. fallos: 303:1453, 1465; 306:229, 2230; 311:157, 557, 2198; 313:971, 1467; entre otros).

En el caso, cobra especial relevancia la circunstancia de que en la demanda se impugnen aspectos de la LRT que estructuran su diseño de tal manera que el accionante persiga prestaciones dinerarias reguladas en ella (v. fs. 10 vta) a la vez que planteó la inconstitucionalidad de los artículos 14 y 15. Todo ello, a raíz de secuelas que denuncia por el infortunio ocurrido en ocasión del trabajo, sin dejar de cuestionar –por iguales motivos– los artículos 1, 2, 6, 8, y 40. Además se deduce que el reclamo judicial, porque se trata de un conflicto individual emergente de un contrato de trabajo, se cita el artículo 20 de la L.O. y se descalifican los artículos 21, 22 y 46 de la LRT. Asimismo, la acción se dirige no sólo contra la Aseguradora de Riesgos de Trabajo (Asociart ART S.A.) sino también contra la ex empleadora del actor –Duvi S.A.–, cuestionando para ello el artículo 39 de la ley. En ese contexto, el reclamo se fundó no sólo en la ley 25.557, sino también en la Ley Fundamental, L.C.T., L.O. e Instrumentos Internacionales con rango constitucional.

Dadas las características atípicas del reclamo y los elementos de derecho común de las disposiciones que rigen las relaciones jurídicas de la presente causa, cuyo contrato de trabajo se expresa invoca expresamente (ver página 11, primer párrafo), estimo que, dada la especificidad de la materia, debe seguir conociendo la Justicia Nacional del Trabajo.

En razón de lo explicitado, toda vez que la pretensión del actor no se dirige contra una decisión de la Comisión Médica, y dentro del limitado marco cognoscitivo en el que deben resolverse las cuestiones de competencia, entiendo que conforme a los hechos y el derecho invoca-

do por el pretensor, resulta competente para entender en este tipo de reclamo indemnizatorio el Juzgado Nacional del Trabajo N° 49, al que se deberá remitir, a sus efectos. Buenos Aires, 30 de diciembre de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 49, al que se le remitirán por intermedio de la Sala X de la Cámara de Apelaciones de dicho fuero. Hágase saber a la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

CONSORCIO DE PROPIETARIOS VIAMONTE 1517/1519 v. COMUNICACIONES VISUALES S.A.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Delito civil.

Es competente la Justicia Nacional en lo Civil (art. 43, inc. b), del decreto-ley 1285/58) para conocer el reclamo que tiene por objeto el cobro de una indemnización por el uso indebido –sin autorización– del frente de un edificio y de un bien propiedad del consorcio actor –generador eléctrico– si ello comporta la comisión de un delito civil.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 19, discrepan en torno a la competencia para entender en la presente causa. (V. fs. 36 y 103).

El consorcio actor promueve demanda reclamando el pago de un valor locativo por la ocupación del frente del edificio de su propiedad con un cartel de propaganda, y por el pago de una suma de dinero, por el uso indebido de un generador eléctrico, que la demandada habría conectado a un edificio lindero, para abastecer dos de sus locales.

A fs. 36, la Señora Jueza en lo Civil, declina su competencia y remite las actuaciones a la Justicia Nacional en lo Comercial.

Recibidas las actuaciones por el Juzgado Nro. 17 de dicho fuero y corrido traslado de demanda, la accionada opone excepción de incompetencia, la que es rechazada por el mencionado tribunal, decisión ésta que es apelada por la demandada. A fs. 103 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revoca el fallo y declara la competencia de la Justicia en lo Civil.

En tales condiciones, se plantea un conflicto negativo que corresponde dirimir a V.E., en los términos del art. 24, inc. 7mo. del decreto ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Conforme lo dispone el art. 5°, 1er. Párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda. Surge de autos que el reclamo tiene por objeto el cobro de una indemnización por el uso indebido (sin autorización) del frente del edificio, y de un bien propiedad de dicho consorcio –generador eléctrico–, hecho que según se pretende importa la comisión de un delito civil, materia cuyo conocimiento compete a la Justicia Nacional en lo Civil (art. 43, inc. b) del decreto ley 1285/58).

Por lo expuesto, considero que la causa deberá continuar con su trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 19. Buenos Aires, 15 de febrero de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 19, al que se le remitirán. Hágase saber a la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y, por su intermedio, al Juzgado de Primera Instancia N° 17 de dicho fuero.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

IVONNE ELIZABETH GINCOFF v. RAMON CERENICH

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

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

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Menores.

Las medidas fundadas en normas procesales de protección de personas (arts. 232, 234, inc. 2° y 235 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) deben ser dictadas por el juez del domicilio de la persona que haya de ser amparada.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del domicilio de las partes.

Si las actuaciones penales se encuentran en trámite avanzado ante los tribunales de la ciudad donde se domicilia el menor supuestamente damnificado –presunta comisión por el padre del delito previsto por el art. 119, último párrafo, del Código Penal– y cuyos derechos y garantías resultan de protección principal, debe descartarse en principio la competencia de la jueza ante quien tramitó el juicio de divorcio, tenencia, alimentos y régimen de visitas amplio respecto de los menores, quienes luego trasladaron su domicilio.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del domicilio de las partes.

La eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los menores.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La presente contienda positiva de competencia se suscitó entre la Señora Juez Civil y Comercial de la Quinta Nominación de la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones, y la Titular del Juzgado N° 2 del Menor de Edad y Familia de la Primera Circunscripción Judicial, de Resistencia, Provincia de Chaco, a raíz del pedido de declinatoria que la primera le dirigió a la segunda a fin que le remitiera para su trámite, la suspensión cautelar del régimen de visitas iniciada por Ivonne Gincoff –en representación de sus hijos menores de edad–, contra el señor Ramón Cerenich –padre de ellos–. Fundó su reclamo en la presunta comisión por el demandado del delito previsto y reprimido en el artículo 119, último párrafo del Código Penal, en perjuicio de uno de sus hijos, menor de edad –v. fs. 3; 5/12, 15/16, 18 de estas actuaciones, 7/9 del Expte. N° 1756/01 que corre por cuerda–.

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto positivo de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Debo indicar, en primer término, que, como lo ha sostenido reiteradamente 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 que la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de su pedido (Fallos: 306:368; 312:808, entre otros).

En primer término, cabe señalar que en forma concomitante con la cautelar a que me refiero en el punto I, la señora Gincoff radicó una denuncia penal ante los Tribunales Penales de Resistencia, proceso que por decisión de V.E. quedó radicado ante el Juzgado de Instrucción N° 5 de Resistencia –v. fs. 4/6 del Expte. N° 1756/01 y 135/136 del Expte. 2244/04 que corren agregados–.

Ello con fundamento en las distintas jurisdicciones en que los hechos delictivos se reputan cometidos, las exigencias de economía procesal a fin de favorecer la buena marcha de la administración de justicia, la defensa de los imputados y el domicilio de la víctima en esta última ciudad, lo que se compadece con la finalidad tuitiva de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone como regla general, atender el "superior interés del niño" –art. 3°– y, en particular, cuando establece la obligación de los Estados Parte de proteger y amparar a los menores víctimas de abuso sexual –arts. 19, 34 y 39–.

En dicho contexto estimo le asiste razón al Magistrado del Menor de Edad y la Familia a cargo del Juzgado N° 2 de Resistencia, Provincia de Chaco, quien se consideró competente para entender en las actuaciones cautelares citadas que inició la madre de los menores, en su carácter de guardadora de éstos, a raíz de los graves hechos delictivos que denunció.

Cabe señalar que tales medidas, en principio provisorias, se fundaron en normas procesales de protección de personas, (artículos 232, 234, inciso 2) y 235 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), disposición esta última que le otorga competencia al juez del

domicilio de la persona que haya de ser amparada –v. fs. 8 y vta. del expte. 1756/01–. En este contexto de urgencia pierde relevancia –al menos hasta tanto se dilucide el proceso penal– el lugar del domicilio del padre de los menores y el del propio juez del divorcio vincular, tramitado con anterioridad, ante el cual se dispuso el régimen de visitas –v. fs. 45 y vta. del expte. 2244/04.–.

Asimismo, advierto que resulta de primordial importancia el hecho de que las actuaciones penales, se encuentren en trámite avanzado ante los Tribunales de Resistencia, ciudad donde se domicilia el menor supuestamente damnificado y cuyos derechos y garantías resultan de protección primordial, conforme lo resolviera V.E. en la Competencia 424, L. XXXVIII. Ello me lleva a descartar en principio, y por razones de economía procesal, hasta tanto recaiga –reitero– resolución en ésta, la competencia de la Jueza de Posadas, ante quien tramitó el juicio de divorcio, tenencia, alimentos y régimen de visitas amplio respecto de los menores, quienes luego trasladaron su domicilio, conjuntamente con su madre en carácter de guardadora a la ciudad de Resistencia; máxime si consideramos conforme se desprende de fojas 137 del expediente 2244/04, que el Magistrado de Instrucción de Resistencia ha ordenado la inmediata detención de Ramón Cerenich, a los efectos de recibirle declaración indagatoria por el delito que se le imputa; y que la jueza de Posadas, –en estas circunstancias–, y a pedido del progenitor dispuso fijarle un nuevo régimen de visitas a su favor respecto de los menores –v. fs. 131 del expte. 2244/04–.

En este contexto, creo oportuno señalar, que V.E. en oportunidad de resolver actuaciones cuyo objeto atañe al interés de menores, ha otorgado primacía al lugar donde éstos viven efectivamente, ya que consideró que la eficiencia de la actividad tutelar, torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos (conf. Fallos: 314:1196; 315:431; 321:203, entre otros).

Por ello, dado las particularísimas y graves circunstancias de autos, opino que corresponde dirimir la contienda disponiendo que compete a la señora Juez a cargo del Juzgado del Menor de Edad y Familia N° 2 de Resistencia, Provincia de Chaco, proseguir entendiendo en estos actuados, hasta tanto se dilucide la causa penal, encontrándose a su cargo poner en conocimiento de la magistrada de Posadas las medidas que se adopten respecto de los menores, y el estado del trámite del juicio penal. Buenos Aires, 1° de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado del Menor de Edad y Familia N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia del Chaco, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 5 de la Primera Circunscripción judicial, Posadas, provincia de Misiones.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DESARROLLOS ARGENTINOS S.A. v. CAMUZZI GAS DEL SUR S.A.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

A fin de resolver las cuestiones de competencia, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, la exposición de los hechos que la actora efectúa en su demanda –art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Si la solución de la causa depende esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar en la justicia federal y cuando la competencia de ésta surge *ratione materiae* es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Si el reclamo del actor encuadra en los términos del Marco Regulatorio del Gas (ley 24.076), de naturaleza federal, complementaria y modificatoria de la ley 17.319, y se puso en tela de juicio el incumplimiento de efectuar la autorización y conexión de gas solicitada y que el Ente Regulador no aceptó dicha inobservancia por parte de la prestadora del servicio público del gas, cabe concluir que se halla en juego la aplicación e interpretación de normas federales, circunstancia que habilita la competencia de excepción.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La presente contienda negativa de competencia se origina en la demanda promovida por la empresa Desarrollos Argentinos S.A. contra Camuzzi Gas del Sur S.A., a fin de obtener la provisión y conexión del servicio de gas natural en una hostería de su propiedad ubicada en la localidad de Villa la Angostura, Provincia del Neuquén (fs. 82/86).

– II –

A fs. 239/241, la titular del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral y de Minería, IV Circunscripción Judicial de Junín de los Andes, Provincia del Neuquén, se declaró incompetente. Dicho pronunciamiento fue apelado por la actora (fs. 242) y, a su turno, la Cámara de Apelaciones de Zapala –previo dictamen fiscal a fs. 251/252– lo confirmó a fs. 253/254. Sostuvo que la negativa del prestador del servicio de autorizar y efectuar la conexión se motiva por la imposibilidad de que el gasoducto cordillerano transporte el fluido necesario para atender a nuevos consumidores.

A su turno, el Juez Federal de Zapala también se declaró incompetente, al considerar que no se encuentra afectado el sistema de interconexión de la red de transporte interprovincial, por cuanto quien debe

arbitrar los medios para el normal suministro del fluido es la concesionaria. Esgrimió que se trata de una controversia suscitada entre un particular y una empresa privada proveedora del suministro de gas natural y, por ende, el Estado Nacional resulta ajeno al conflicto.

– III –

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto negativo de competencia, que corresponde dirimir a V.E., en virtud de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– IV –

Cabe recordar que a fin de resolver las cuestiones de competencia, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, la exposición de los hechos que la actora efectúa en su demanda –art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión (Fallos: 306:1056; 308:2230, entre otros).

Desde antiguo, la Corte ha sostenido que si la solución de la causa depende esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar en la justicia federal (cfr. doctrina de Fallos: 313:98; 318:992; 322:1470) y que cuando la competencia de ésta surge *ratione materiae* es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios (Fallos: 311:1821; 324:2078).

Pese a que la actora invocó la ley 24.240 (defensa del consumidor) –lo cual llevó al juez federal a declarar su incompetencia– estimo que este magistrado es quien debe conocer de esta causa por razón de la materia.

Ello es así, pues el reclamo del actor encuadra en los términos del Marco Regulatorio del Gas (ley 24.076), de naturaleza federal, complementaria y modificatoria de la ley 17.319, cuyas normas que fijan –como objetivo de la política nacional– lo referido a la producción, transporte y distribución de gas. Si a lo expuesto se agrega que se

puso en tela de juicio el incumplimiento de la demanda de efectuar la autorización y conexión de gas solicitada y que, además, el Ente Regulador –cfr. informe de fs. 212/213 y arts. 65 a 70 de la ley 24.076– no aceptó dicha inobservancia por parte de la prestadora del servicio público del gas, cabe concluir que en el *sub examine* se halla en juego la aplicación e interpretación de normas federales, circunstancia que habilita la competencia de excepción (doctrina de Fallos: 316:2906; 317:868; 322:1865 y sentencia del 12 de agosto de 2003, *in re*, G. 501; L. XXXV, "Gas Natural Ban S.A. c/ Municipalidad de Campana –Pcia. de Buenos Aires s/ acción meramente declarativa").

– V –

Opino, pues, que la presente causa debe continuar su trámite en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Zapala. Buenos Aires, 22 de febrero de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Federal de Primera Instancia de Zapala, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Junín de los Andes, IV Circunscripción Judicial, de la provincia del Neuquén.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala Civil de la Cámara de Apelaciones de Zapala, Provincia del Neuquén.**

BETINA LAURA SVATZKY v. DATOS VISTUALES S.A.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Varias.

Si los datos que se pretende eliminar constan en una base de datos de internet (red internacional), a la que se puede tener acceso desde cualquier lugar del país, como del mundo, es aplicable lo estipulado por el inc. b) del art. 36 de la ley 25.326, en cuanto dispone que será competente la justicia federal en aquellos casos en que los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdicciones, nacionales o internacionales.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Tanto la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, como el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, discrepan entorno a la competencia para entender en la presente causa.

En ella, la actora promovió acción de amparo por hábeas data, con el fin de que la demandada, una sociedad anónima, suprima de su base de datos cierta información sobre su situación patrimonial, a la cual calificó de falsa. Fundó la acción en el artículo 43, tercer párrafo de la Constitución Nacional y en varios otros de la ley 25.326.

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley N° 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Estimo de aplicación al caso lo estipulado por el inciso b) del artículo 36 de la ley 25.326, en cuanto dispone que será competente la justicia federal en aquellos casos en que los archivos de datos se en-

cuentren interconectados en redes interjurisdicciones, nacionales o internacionales.

Ello es así por cuanto, como surge de los hechos relatados en el escrito de demanda –a los que se debe atender a fin de determinar la competencia (v. Fallos: 323: 3284; 324: 2592; entre muchos otros)– los datos que se pretenden eliminar constan en una base de datos de internet (red internacional), a la que se puede tener acceso desde cualquier lugar del país, como del mundo.

Por otro lado, debo precisar que al presente no le es aplicable la doctrina sentada en la causa de fallos 324:2592, desde que aquí la actividad judicial a realizarse no se encuentra vinculada con datos o actos administrativos llevados a cabo por autoridades públicas del Estado o que se encuentran bajo la jurisdicción directa de ellas.

Por tanto, opino que la causa deberá continuar con su trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, a la que se deberá remitir, a sus efectos. Buenos Aires, 30 de diciembre de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, al que se le remitirán.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 18 y la Sala G de la cámara nacional de apelaciones de dicho fuero.**

REVISTA GUIA DE LOS UNIFORMADOS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

Si el hecho a investigar ha tenido desarrollo en distintas jurisdicciones, la elección del juez competente debe hacerse de acuerdo a lo que resulte más conveniente desde el punto de vista de una más eficaz investigación, mayor economía procesal y mejor defensa de los imputados.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

La estafa se estima cometida en todos aquellos ámbitos territoriales en que se ha realizado alguna parte de la acción típica, y para discernir la competencia debe estarse a lo que resulte más conveniente desde el punto de vista de una más eficaz investigación, mayor economía procesal y mejor defensa de los imputados.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Si los dichos del denunciante no se encuentran desvirtuados por otras constancias, deben ser tomados en cuenta para discernir la competencia.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

Es competente el juez del lugar donde se utilizó la ficha de afiliación presuntamente falsa que provocó el perjuicio patrimonial y se encuentra la sede de la mutual que resultó beneficiada, y desde la cual se habrían ordenado los descuentos de la cuenta donde se deposita el sueldo del denunciante.
–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 los titulares del Juzgado de Instrucción N° 1 de Concordia,

provincia de Entre Ríos, y del Juzgado de Instrucción y Correccional de Monte Caseros, provincia de Corrientes, se refiere a la denuncia formulada por Ramón Héctor Pavotti por el delito de estafa.

De su relato se desprende que es integrante de la Prefectura Naval Argentina con asiento en la localidad de Salto Grande, provincia de Entre Ríos, y que dicho organismo, a raíz de un convenio con el Banco Sudameris, deposita su sueldo en esa entidad, pero como esa firma no posee sucursal en ese lugar, actúa como corresponsal el Nuevo Banco Bersa.

Manifestó, asimismo, que a partir de enero de 2001 advirtió que se le realizaban descuentos no autorizados por él. Según refiere, cuando concurrió a la sede central del Banco Sudameris en esta Capital, se le informó que los débitos eran ordenados por la Mutual "2 de Abril – Guía de los Uniformados" sita también en esta ciudad.

Relata, que concurrió a dicha sede mutual donde le fue informado que los descuentos correspondían a una suscripción a la revista "Los Uniformados", una póliza de seguro y un servicio de medicina prepaga. Agrega que allí se le exhibió un formulario donde se hallaban sus datos personales y una firma de afiliación que no le pertenecía.

Dice que por tal motivo realizó la denuncia correspondiente por ante el Juzgado de Instrucción N° 24 de esta ciudad. Su titular se declaró incompetente al considerar que los débitos cuestionados fueron realizados en la sede del Banco Bersa de la localidad entrerriana de Salto Grande (confr. fs. 42/3 vta.).

El magistrado de Concordia declinó su competencia por considerar que los hechos habían tenido lugar en Monte Caseros, Corrientes, donde el Banco Sudameris tenía sucursal (fs. 59).

El juez de esta última provincia rechazó tal atribución al no compartir el criterio sustentado por el magistrado declinante (fs. 62/3).

Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, su titular insistió en su criterio y, con la elevación del incidente a la Corte, quedó trabada la contienda (fs. 67/vta.).

En mi opinión, resulta de aplicación al caso la doctrina de V.E. según la cual, si el hecho a investigar ha tenido desarrollo en distintas

jurisdicciones, la elección del juez competente debe hacerse de acuerdo a lo que resulte más conveniente desde el punto de vista de una más eficaz investigación, mayor economía procesal y mejor defensa de los imputados (Fallos: 316:820; 321:1010 y 323:2582).

En igual sentido, el Tribunal ha resuelto que la estafa se estima cometida en todos aquellos ámbitos territoriales en que se ha realizado alguna parte de la acción típica y que para discernir la competencia debe estarse a la aplicación de los principios enunciados en el párrafo anterior (Fallos: 310:2235; 311:2607; 318:2509 y 323:2608, entre otros).

Por aplicación de estos principios y atento que según surge de los dichos del denunciante, que al no encontrarse desvirtuados por otras constancias deben ser tomados en cuenta para discernir la competencia (Fallos: 308:213; 317:223; 323:867) habría sido en esta ciudad donde se utilizó la ficha de afiliación presuntamente falsa que provocó el perjuicio patrimonial (Fallos: 314:735 y Competencias N° 562 L.XXXV, *in re* "Ferreyra, Alicia Beatriz s/ denuncia", y N° 20 L.XXXVIII *in re* "García, Emiliano Lucas y otros s/ asociación ilícita y tenencia de instrumentos destinados a la falsificación" resueltas el 28 de diciembre de 1999 y el 30 de abril de 2002, respectivamente) y se encuentra la sede de la mutual que resultó beneficiada, y desde la cual se habrían ordenado los demás débitos, opino que corresponde al juzgado de instrucción que primero conoció, seguir investigando en la causa, aunque no haya sido parte en la contienda (Fallos: 317:929; 318:182 y 323:2032) sin perjuicio de lo que resulte del trámite ulterior. Buenos Aires, 25 de febrero de 2005. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

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 el Juzgado de Instrucción N° 1 de la ciudad de Concordia,

Provincia de Entre Ríos, deberá enviar la causa en que se originó el presente incidente al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 24, con el fin de que continúe con la investigación en estas actuaciones. Hágase saber al Juzgado de Instrucción y Correccional de Monte Caseros, Provincia de Corrientes.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

JOSE A. GONZALEZ Y OTROS V. OCTAVIO FELICE Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Cuando son demandados una provincia y el Estado Nacional, la causa le corresponde a la competencia originaria de la Corte, toda vez que esa es la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Ley Fundamental respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

A los fines de determinar la competencia originaria de la Corte Suprema tanto la provincia como la Nación deben ser parte en el pleito no sólo en sentido nominal, sino también sustancial, pues lo contrario importaría dejarlo librado al resorte de los litigantes.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La competencia originaria de la Corte, por ser de raigambre constitucional, es taxativa e insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

Si las únicas omisiones que generan el reclamo se refieren a las autoridades provinciales y municipales, y nada se concreta respecto de actos u omisiones en que pudieren haber incurrido las autoridades nacionales, la Nación no resulta parte sustancial en el amparo tendiente a obtener el cese de la actividad contaminante, el saneamiento del paisaje y la asistencia médica a las víctimas de contaminación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

No basta que una provincia sea parte en un pleito para que proceda la competencia originaria de la Corte, sino que resulta necesario además, que lo sea en una causa de manifiesto contenido federal, o en una causa civil, siendo esencial, en este último supuesto, acreditar la distinta vecindad de la contraria, también quedan excluidas de dicha instancia, aquellas materias que se rigen por el derecho público local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

En tanto las provincias conservan por el *pactum foederis* competencias diversas que no han sido delegadas en el Gobierno Federal (art. 121 y siguientes de la Constitución Nacional), es ajeno a la competencia originaria de la Corte Suprema lo atinente a analizar actos u omisiones de autoridades provinciales.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por las personas. Nación.

La nuda violación de cláusulas constitucionales, proveniente de autoridades de provincia, no sujeta por sí sola las causas que de ella surjan el fuero federal, pues éste sólo tendrá competencia cuando aquéllas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

El respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios de su derecho público.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La presente contienda negativa de competencia se origina en el amparo promovido contra Octavio Felice y/o Nicolás Felice y/o responsables de las empresas Metales Nicolás S.A. y/o Nicolás Metales S.A., Suyexa S.A., la Municipalidad de Zárate, la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, los Ministerios de Salud y Gobierno de dicha Provincia, la Subsecretaría de Política Ambiental, el Ministerio de Salud de la Nación y el Estado Nacional, a fin de obtener el cese de la actividad contaminante, el saneamiento del paisaje y la asistencia médica a las víctimas de contaminación por plomo (fs. 67/97 y ampliación de fs. 99/103).

– II –

A fs. 106/109, el titular del Juzgado Federal de Campana, se declaró incompetente para entender en las presentes actuaciones y sostuvo, entre otros argumentos, que el Estado Nacional no es parte sustancial sino meramente formal.

Dicho pronunciamiento fue apelado y la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín –de conformidad con el dictamen fiscal a fs. 128/129– lo confirmó a fs. 135/136. Para así decidir, señaló que las autoridades locales tienen la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la

comunidad que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Añadió que en autos se pretenden medidas de índole local, en ejercicio de su poder de policía, como las concernientes a la protección ambiental, las cuales constituyen una prerrogativa propia de las competencias provinciales (arts. 41, 121 y 124 de la Constitución Nacional).

A su turno, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires también se declaró incompetente, con fundamento en que los órganos jurisdiccionales locales no son competentes para conocer en los casos en los que se demanda o se pretende que sea citado a juicio el Estado Nacional, aún cuando intervengan en el pleito otras personas no aforadas (fs. 145/147).

– III –

Por lo tanto, quedó trabado un conflicto negativo de competencia, que corresponde dirimir a V.E. en virtud de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– IV –

V. E. ha reconocido, en principio, que, cuando son demandados una provincia y el Estado Nacional, la causa le corresponde a la competencia originaria de la Corte, toda vez que esa es la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Ley Fundamental respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:489; 312:389; 313:98, entre otros).

Sin embargo, tanto la provincia como la Nación deben ser parte en el pleito no sólo en sentido nominal, sino también sustancial, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de los litigantes la determinación de la competencia originaria de la Corte (Fallos: 320:772), la cual, por ser de raigambre constitucional, es taxativa e insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 308:2356; 311:640, 315:1892).

De los términos de la presente demanda, a cuya exposición de los hechos se debe acudir, de modo principal, para determinar la competencia (art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:2230), se desprende que las únicas omisiones que generan el pedido de amparo de la actora al órgano jurisdiccional, se refieren a las autoridades provinciales y municipales. Por el contrario, nada se concreta en dicho escrito respecto de actos u omisiones en que pudieren haber incurrido las autoridades nacionales y, en consecuencia, tengo para mí que la Nación no resulta parte sustancial en el presente amparo.

Descartada la responsabilidad del Estado Nacional para ser demandado por los hechos ocurridos en sede local, cabe señalar que no basta que una provincia sea parte en un pleito para que proceda la competencia originaria de la Corte. Para ello, resulta necesario además, que lo sea en una causa de manifiesto contenido federal, o en una causa civil, siendo esencial, en este último supuesto, acreditar la distinta vecindad de la contraria. Por otra parte, quedan excluidas de dicha instancia, aquellas materias que se rigen por el derecho público local (Fallos: 322:190).

Tal circunstancia es la que se presenta en estas actuaciones, puesto que para resolver el pleito se requiere analizar actos u omisiones de autoridades provinciales, lo cual escapa a la competencia originaria del Tribunal. Ello es así, en tanto las provincias conservan por el *pactum foederis* competencias diversas que no han sido delegadas en el Gobierno Federal (art. 121 y sgtes. de la Constitución Nacional y Fallos: 322:190 citado).

No empece a la aplicación de la doctrina citada el hecho de que los amparistas invoquen el respeto de cláusulas constitucionales, por cuanto la nuda violación de garantías de tal naturaleza, provenientes de autoridades de provincia, no sujeta por sí sola las causas que de ella surjan el fuero federal, pues éste sólo tendrá competencia cuando aquéllas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional (Fallos: 307:2249).

En tales condiciones, el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios de su derecho público (Fallos: 310:2841; 314:94; 315:1892).

Por lo expuesto, opino que las presentes actuaciones deben continuar su trámite ante la justicia local. Buenos Aires, 22 de febrero de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en el *sub lite* la justicia local de la provincia de Buenos Aires. Remítanse las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de dicha provincia a los fines que corresponda y hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia de Campana por intermedio de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

RAUL MAXIMILIANO RIVEROS Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones penales. Principios generales.

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 puede apreciarse *prima facie* y con prescindencia de la calificación que le atribuyan en iguales condiciones los jueces en conflicto.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

Si no se cuestiona que el presunto abuso sexual se hubiere desarrollado en territorio bonaerense, corresponde declarar la competencia de la justicia local para continuar con el trámite de las actuaciones, pues aún en el caso de considerarse que existió privación ilegítima de la libertad, corresponde al magistrado de la jurisdicción en la que se consumó, además, otro delito, 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:

Entre los titulares del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 47, y del Juzgado de Garantías N° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en la causa en la que se investiga, entre otros hechos, la conducta de Maximiliano Raúl Riveros a quien se le atribuye haber abusado sexualmente de Esther Colonnelo.

De los antecedentes agregados al incidente surge que a mediados del mes de julio del año 2002, la nombrada habría sido conducida, por la fuerza y bajo amenazas, por el imputado, a la casa de un familiar de éste, en la localidad de Avellaneda, lugar donde la habría obligado a mantener relaciones sexuales.

El magistrado nacional, que previno, luego de disponer el procesamiento y prisión preventiva de Riveros, declinó parcialmente su competencia, en relación al hecho aquí detallado, en favor de los tribunales con jurisdicción en la localidad de Avellaneda, donde se habría consumado el delito (fs. 248/263).

El juez provincial, por su parte, no aceptó el planteo. Sostuvo, para ello, y con sustento en la doctrina de Fallos: 310: 2235 y 311: 2607 que

el hecho cuyo conocimiento se le atribuye tuvo principio de ejecución en esta ciudad, donde se domicilian el imputado y la damnificada (fs. 279/280).

Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, su titular, mantuvo el criterio adoptado y, en esta oportunidad, agregó que no obstante la falta de elementos para afirmar que en el trayecto recorrido por el imputado y la víctima entre esta ciudad y la provincia de Buenos Aires, existió privación ilegítima de la libertad, el abuso sexual habría tenido ejecución plena en la localidad de Avellaneda. Agregó que aún en el caso de considerarse que ello ocurrió, tiene decidido el tribunal (Fallos: 312: 976) que corresponde conocer al magistrado de la jurisdicción en la que se cometió, además, otro delito (fs. 282/283).

Así quedó trabada esta contienda.

Tiene resuelto V.E. 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 puede apreciarse “prima facie” y con prescindencia de la calificación que le atribuyan en iguales condiciones los jueces en conflicto (Fallos: 324:2348, 2352, 2705 y 3463).

Por ello, y sin perjuicio de la provisoriedad de la adecuación típica efectuada en esta etapa del proceso sobre los hechos investigados y de la que en definitiva recaiga sobre ellos, considero que la solución de este conflicto debe regirse por la aplicación del principio de territorialidad (Fallos: 249:162; 253:432; 265:323, 324:2355, entre otros), ya que, como bien lo plantea el juez nacional, aún en el caso de considerarse que existió privación ilegítima de la libertad, corresponde, al magistrado de la jurisdicción en la que se consumó, además, otro delito, continuar con el trámite de las actuaciones (Fallos: 323: 2230 y 324:1269).

Por aplicación de estos principios, y habida cuenta que el juez provincial no cuestiona que el presunto abuso sexual se hubiere desarrollado en territorio bonaerense, opino que corresponde declarar la competencia de la justicia local para continuar con el trámite de las actuaciones. Buenos Aires, 27 de febrero del año 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

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° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 47.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

RODOLFO ALBERTO CASTRO FOX Y OTROS V. MINISTERIO DE DEFENSA

RETIRO MILITAR.

Para liquidar los adicionales establecidos en los decretos 2000/91, 628/92 y 2701/93, éstos deberán ser incorporados al concepto "haber mensual", en el cual también están incluidos los rubros determinados en la reglamentación de la ley "sueldo" y "reintegro de gastos por actividad de servicio", y tal doctrina es aplicable tanto al personal militar en actividad como en situación de retiro.
–De los precedentes "Franco" (Fallos: 322:1868) y "Freitas Henriques" (Fallos: 322:2398), a los que remitió la Corte Suprema–.

RETIRO MILITAR.

Si bien la competencia del fuero de la seguridad social en cuestiones militares se encuentra circunscripta al régimen de retiro, y el fuero contencioso administrativo ha mantenido la suya respecto del personal en actividad, no resulta razonable exigir a quienes –al momento de deducir la demanda– habían pasado a situación de retiro, la deducción de dos demandas similares ante distintos fueros a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no sólo importa un arbitrario retraso en la

declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Castro Fox, Rodolfo Alberto y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó la sentencia de la instancia anterior que había admitido parcialmente la demanda y limitado, en razón de la situación de revista de los actores, el lapso por el que se reconocía el derecho al cómputo remunerativo y bonificable de los adicionales creados por los decretos 2000/91 y 628/92, los actores dedujeron el recurso extraordinario que, desestimado, motivó la presente queja.

2°) Que los interesados se agravian de que las decisiones referidas los obligan a iniciar una nueva demanda con relación a los lapsos en que se encontraban en actividad, cuando se está discutiendo la forma en que los adicionales citados deben ser liquidados, aspectos que fueron resueltos por este Tribunal en los precedentes "Franco" (Fallos: 322:1868) y "Freitas Henriques" (Fallos: 322:2398), y que son de aplicación tanto al personal militar en actividad como en situación de retiro, por lo que afirman que dichas decisiones los ubican en una situación de indefensión que vulnera diferentes garantías constitucionales en virtud de una irrazonable interpretación de las normas procesales que rigen el caso.

3°) Que, en efecto, la magistrada de primera instancia limitó el derecho de los coactores en razón de que habían pasado a retiro con posterioridad al dictado del decreto 2000/91, y la alzada, al confirmar

dicha decisión, puntualizó que de acuerdo con la competencia del fuero de la seguridad social –ley 24.655– no correspondía que dichos tribunales se pronunciaran respecto de períodos de actividad.

4°) Que si bien es cierto que la competencia del fuero de la seguridad social en cuestiones militares se encuentra circunscripta al régimen de retiro de la fuerzas armadas y de seguridad, y el fuero contencioso administrativo ha mantenido la suya respecto de tal personal en actividad, no lo es menos que al momento de deducir la demanda los interesados habían pasado a situación de retiro, cambio que, aun cuando modificaba su situación de revista, no alteraba los alcances de la interpretación efectuada en torno a las leyes federales involucradas, ya que la inteligencia asignada a los suplementos por "inestabilidad de residencia" y "suma fija no remunerativa ni bonificable" en Fallos: 322:1868 y 2398, resulta de aplicación tanto al personal militar en actividad como retirado.

5°) Que en el caso no resulta razonable exigir a los recurrentes que deduzcan dos demandas similares ante distintos fueros a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no sólo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal.

Por ello, el Tribunal resuelve: Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar parcialmente la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda con el alcance indicado en Fallos: 322:1868 y 2398 (art. 16, segunda parte, ley 48). Costas por su orden. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Rodolfo Alberto Castro Fox y otros,** representados por **el Dr. Ireneo Jorge Portela.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8**

JESUS MARIA LARIZ IRIONDO

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.

El procedimiento de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, en tanto no importa el conocimiento de la materia de fondo del proceso ni implica decisión alguna acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del individuo cuya entrega se requiere en relación con los hechos que dan lugar al reclamo.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.

Si bien la sustitución del encuadre legal de los hechos efectuado por el Ministerio Público y el juez de primera instancia por el de "actos de terrorismo", en el marco del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, no fue invocada en las instancias anteriores, la Corte se halla habilitada para considerar el punto teniendo en cuenta la amplitud de la vía ordinaria para tratar la cuestión de derecho y las posibilidades del requerido de hacer valer su defensa sobre el punto.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

Corresponde confirmar la resolución que declaró improcedente la extradición si, sea cual fuera la alternativa típica que el Tribunal adopte, y si, incluso, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permite superar el límite de doce años que el art. 62, inc. 2°, del Código Penal fija como tope máximo de prescripción de la acción para tipos penales que tienen previstas penas de reclusión o prisión temporales ni en su caso el de quince años, si se tratara del supuesto previsto en el inc. 1° de dicha norma.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

Corresponde confirmar la resolución que declaró improcedente la extradición si, por aplicación de la teoría del paralelismo, transcurrieron más de doce años –o incluso más de quince– desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos –estrago, robo calificado y tentativa de homicidio agravado–, y desde la última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia del requerido a la organización –E.T.A.– calificada de ilícita, por lo que la acción penal estaría prescripta a la luz de la legislación argentina.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

No es claro que lo dispuesto por el art. 36 de la Constitución Nacional contemple el supuesto de extradición, y menos aún si es factible su aplicación retroactiva.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

Corresponde rechazar la pretensión de asignar efecto interruptivo de la prescripción al pedido de extradición que el país requirente habría formulado a otro Estado respecto del requerido y por los mismos hechos que dan sustento al trámite, si no hay elementos que controviertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal.

TRATADOS INTERNACIONALES.

Una interpretación del art. 9.5 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes del Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESION DE LOS ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS CON BOMBAS.

El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESION DE LOS ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS CON BOMBAS.

El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas no ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

El criterio de regulación del recaudo de prescripción que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c (ley 23.708) –en cuanto establece que no se concederá la extradición cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición–, no es ajeno a la práctica seguida por la República Argentina al celebrar tratados de extradición.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

No es posible entender que –en virtud de la práctica estatal en materia de cooperación penal entre el país requerido y el requirente (art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)– se haya operado una modificación del art. 9.c del tratado de extradición bilateral (ley 23.708) para los delitos comprendidos en el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

Si el pedido se funda exclusivamente en el tratado bilateral y no invoca el Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, la Corte Suprema se ve impedida de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega –art. 9.c del tratado bilateral con el Reino de España (ley 23.708)– aun cuando ello conduzca a denegar la cooperación solicitada.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.

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 respecto a sus derechos humanos fundamentales.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.

El cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan lo atinente a la extradición se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.

Si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo cabe reafirmar el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

En el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad.

TERRORISMO.

Respecto de todos los actos hoy calificados como terrorismo conforme al derecho de los tratados no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

TERRORISMO.

No puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagratorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo si hasta el presente no se ha logrado acuerdo entre los estados sobre su definición (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

TERRORISMO.

No debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario, con el tratamiento de algunos actos usualmente considerados de terrorismo como ajenos al concepto de delito político y, por ende, privados de los privilegios humanitarios que en general se reconocen a esta categoría de delitos y, consiguientemente, sujetos a extradición (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

TERRORISMO.

La exclusión de ciertos actos de terrorismo de los beneficios del delito considerado político, nada tiene que ver con la calificación de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, con su prescriptibilidad, pues esta exclusión sólo servía para considerarlos delitos comunes y como tales sujetos a extradición (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS POLITICOS.

El concepto de delito político, no sujeto a extradición y susceptible de asilo por razones humanitarias, no fue nunca muy claro en el derecho internacional, dado que la calificación corresponde al Estado requerido "conforme a su política pública o a sus intereses políticos" (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

TERRORISMO.

Es completamente diferente considerar a los actos de terrorismo delitos comunes (meramente extraditables) a considerarlos delitos de lesa humanidad (no sólo extraditables sino también imprescriptibles) (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Si bien cabe considerar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, no puede adoptarse igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

No cabe admitir el criterio de que la prescripción es materia procesal penal y que no rige a su respecto la prohibición de retroactividad de la ley, por no ser compatible con la fórmula del art. 18 de la Constitución Nacional (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

TERRORISMO.

La confirmación del rechazo de la extradición en virtud de la prescripción no empaña el reconocimiento por parte del Tribunal de la formidable gravedad y creciente amenaza del terrorismo en el plano mundial, ni su preocupación y cuidado por el estricto cumplimiento de las obligaciones de cooperación internacional en la materia asumidas por la República (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

No corresponde que la Corte Suprema abra juicio alguno respecto de las opiniones acerca del cumplimiento de las obligaciones de respeto a las garantías y derechos de las personas por parte del Estado requirente, formuladas en la sentencia apelada, si la cuestión se limitaba al planteo de la prescripción (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

Si los estados partes en el trámite mantuvieron los términos de sus relaciones en materia de extradición en el marco del acuerdo bilateral que los une, pese a suscribir con anterioridad y luego de esa negociación la serie de tratados que integran el acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo, la Corte Suprema se ve impedida de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega, aun cuando ello conduzca a denegar la cooperación solicitada (Votos del Dr. Augusto César Belluscio y del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Aun cuando pudiera considerarse a los actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, fuera de que no existe tratado internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de aquéllos y vincule a la República Argentina, tampoco sería posible llegar a un resultado similar por aplicación de un derecho de gentes consuetudinario, pues ello no justifica dejar de lado el principio de irretroactividad de la ley penal, preciada conquista de la civilización jurídica y política, consagrada e incorporada en reglas jurídicas de universal aceptación hace más de doscientos años (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

En el derecho internacional no existe –al menos por el momento– un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como “actos de terrorismo” puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad. Tampoco que de ello –o de algún otro extremo– deba necesariamente derivarse su imprescriptibilidad (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

TERRORISMO.

No corresponde pronunciarse acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, si no existe el presupuesto lógico necesario que permita, por un lado, establecer la correspondencia entre “actos de terrorismo” y “delitos de lesa humanidad”, y por otro, que aquel principio se encuentre consagrado autónomamente; máxime si no hay fundamentos históricos ni actuales que autoricen a concluir que el delito de terrorismo se encuentra alcanzado por la “Convención sobre imprescriptibilidad” (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.

El modo en que el magistrado del Estado requirente encuadra los hechos que fundan el requerimiento en sus normas internas no puede ser debatido en el proceso de extradición (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Doble incriminación.

El principio de doble incriminación no exige identidad normativa entre los tipos penales en los que los estados contratantes subsumieron los hechos que motivaron el pedido, sino que lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

Si se imputa al requerido pertenecer a la organización E.T.A. y, en ese carácter, se le atribuye la colocación de explosivos, robo de vehículos, secuestro de personas, depósito de armas y explosivos, debe calificarse a estos hechos como actos de terrorismo, que integra el género de los delitos *iuris gentium*, entre los que también cabe incluir el formar parte de una organización destinada a cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

El terrorismo es una de las formas más brutales de violencia que actualmente perturba a la comunidad internacional, pues siembra odio, muerte, deseo de venganza y de represalia. De estrategia subversiva, típica sólo de algunas organizaciones extremistas, dirigida a la destrucción de las cosas y al asesinato de las personas, el terrorismo se ha transformado en una red oscura de complicidades políticas, que utiliza también sofisticados medios técnicos, se vale frecuentemente de ingentes cantidades de recursos financieros y elabora estrategias a gran escala, atacando personas totalmente inocentes, víctimas casuales de las acciones terroristas. Los objetivos de los ataques terroristas son, en general, los lugares de la vida cotidiana y no objetivos militares en el contexto de una guerra declarada (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

El terrorismo actúa y golpea a ciegas, fuera de las reglas con las que los hombres han tratado de regular sus conflictos, por ejemplo mediante el derecho internacional humanitario: en muchos casos se admite como nuevo sistema de guerra el uso de los métodos del terrorismo. No se deben desatender las causas que originara esta inaceptable forma de reivindicación. La lucha contra el terrorismo presupone el deber moral de contribuir a crear las condiciones para que no nazca ni se desarrolle (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

Los actos del terrorismo hieren profundamente la dignidad humana y constituyen una ofensa a la humanidad entera: existe por tanto, un derecho a defenderse del terrorismo. Este derecho no puede, sin embargo, ejercerse sin reglas morales

y jurídicas, porque la lucha contra los terroristas debe conducirse respetando los derechos del hombre y los principios de un estado de derecho. La identificación de los culpables debe estar debidamente probada, ya que la responsabilidad penal es siempre personal y, por tanto, no se puede extender a las religiones, las naciones o las razas a las que pertenecen los terroristas (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

La colaboración internacional contra la actividad terrorista no puede reducirse sólo a operaciones represivas y punitivas. Es esencial que, incluso el recurso necesario a la fuerza vaya acompañado por un análisis lúcido y decidido de los motivos subyacentes a los ataques terroristas. Es necesario también un compromiso decisivo en el plano político y pedagógico para resolver, con valentía y determinación, los problemas que en algunas dramáticas situaciones pueden alimentar el terrorismo: el reclutamiento de los terroristas resulta más fácil en los contextos sociales donde los derechos son conculcados y las injusticias se toleran durante demasiado tiempo (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

El terrorismo, como delito contra el derecho de gentes, se comete mediante una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

La persecución del terrorismo no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, cuanto por la coordinación de sus derechos internos encaminada a la mayor eficacia de aquella lucha (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

De acuerdo con lo dispuesto por el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal suscripto con el Reino de España en su art. 9° inc. c, basta que la pena no se hubiere extinguido de acuerdo a la ley del país requerido para que se conceda la extradición (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

El art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nürenberg, al definir los crímenes de lesa humanidad incluye a "otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra" y, pese a su amplitud, resulta ser una definición sumamente precisa en cuanto permite incluir dentro de ella a un delito *iuris gentium*, como el terrorismo (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

La República Argentina al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos tal como lo hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como referencia al derecho internacional de los derechos humanos (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

La República Argentina, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) establece la referencia al derecho internacional de los derechos humanos, la cual implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

La armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

Las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

El derecho internacional consuetudinario y convencional se ha hecho eco de la necesidad de cooperación internacional para la represión del terrorismo, así como de cualquier ataque indiscriminado a la población civil indefensa (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

Las distintas convenciones internacionales y las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad sobre el terrorismo reflejan claramente, por una parte, una creciente determinación en el seno de la comunidad internacional de condenar todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera que se cometan y quienquiera que los cometa y por otra parte, una creciente conciencia internacional entre la relación existente entre los derechos humanos y el terrorismo (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

La condena de la comunidad internacional al terrorismo se ha desarrollado como una práctica constante y uniforme aceptada como derecho (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Dada la estrecha relación que existe entre el terrorismo y el goce de los derechos humanos y las libertades esenciales y la obligación de luchar contra el terrorismo que les incumbe a los Estados en virtud del derecho internacional, resulta apropiado recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

El criterio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la inadmisibilidad de las disposiciones de derecho interno –entre ellas las atinentes a la prescripción– que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos para el caso de terrorismo de estado, también es aplicable respecto de todo acto de terrorismo equiparable a aquél (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

La lucha contra el terrorismo ha de librarse también en la política internacional. Y, en todo caso, el uso de la fuerza contra el terrorismo no puede renunciar a los principios de un estado de derecho. No sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los derechos humanos fundamentales pues la violación de esos derechos no puede ser justificada con el pretexto inaceptable de que se trata de cuestiones internas de un Estado (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

TERRORISMO.

Los instrumentos internacionales contra el terrorismo y la mayoría de las convenciones regionales existentes sobre terrorismo asignan gran relevancia a la extradición sobre todo porque la extradición está considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y por consiguiente reducir el terrorismo (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Tratándose de delitos de lesa humanidad, como el terrorismo, no rigen las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción. Tales normas importan un obstáculo para la investigación y el eventual castigo de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y, en el caso de la extradición, atenta, además, contra el deber impuesto a los estados de cooperar en la lucha contra el flagelo del terrorismo que afecta a toda la comunidad internacional por hallarse reñido con los más elementales principios de la convivencia humana civilizada (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La calificación de delitos de lesa humanidad –como el terrorismo– está sujeta a los principios del *ius cogens* del derecho internacional y no hay prescripción para los delitos de esa laya (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, cabe juzgar al derecho internacional consuetudinario como integrante del derecho interno argentino (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La circunstancia de que la "Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas" no estuviera vigente al momento de la comisión de los hechos en que se sustenta el pedido de extradición no obsta a su aplicación, pues no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, en tanto el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

La Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

COSTUMBRE INTERNACIONAL.

El derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado como integrante del derecho interno argentino (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

COSTUMBRE INTERNACIONAL.

La imperatividad de las normas del derecho internacional consuetudinario las torna aplicables aún retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

Las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que no está debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

No es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, pero, obviamente, no establece los principios del derecho de gentes (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.

Corresponde revocar la sentencia que, al juzgar prescriptos los delitos que dan lugar al requerimiento según el Código Penal argentino, omitió el examen del derecho internacional en materia de terrorismo, tanto desde la perspectiva del derecho internacional convencional, cuanto de la que presentan los arts. 75, inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional y, por consiguiente, de la relación armónica entre el derecho constitucional y el derecho internacional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

No obsta a la calificación "delitos de lesa humanidad" de los hechos que motivan el pedido de extradición la circunstancia de que, al ser cometidos, no se llegara a causar la muerte efectiva de un ser humano (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la consideración de extremos conducentes.

Aun cuando se entienda que el delito de terrorismo debe prescribir, es arbitraria la sentencia que –al negarles la calidad de secuela del juicio– desconoció efectos interruptivos, tanto al auto de procesamiento dictado por el juez del Estado requirente, como al pedido de extradición efectuado a otro país, que demuestran la persistente voluntad del Estado requirente de juzgar al requerido (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia del titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 (fs. 836/875), por la cual se denegó la extradición de Jesús María Lariz Iriondo solicitada por las autoridades judiciales del Reino de España, el representante de este Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 877) que fue concedido a fs. 878.

– II –

Para rechazar el pedido el magistrado consideró que la acción por la que se requería a Lariz Iriondo se encontraba extinguida para la ley argentina, circunstancia que impedía el extrañamiento pues, conforme a lo estipulado en el artículo 9°, inciso "c", del "Tratado de Extradición y Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal con el Reino de España" (ley 23.708), se requiere que la acción penal se encuentre vigente para los dos órdenes jurídicos. En tal sentido, consideró que desde la fecha de comisión de los hechos hasta el pedido de

arresto preventivo que concluyera con la detención de Lariz Iriondo habían transcurrido los términos previstos para la prescripción de la acción penal.

Para determinar cuál es el plazo de prescripción a tener en cuenta, el magistrado aseveró que el "hecho" por el que se requiere la extradición consiste en: "la comisión del delito de atentado contra el orden constitucional (artículo 213 bis del Código Penal argentino) que concurre en forma real con el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, siendo que este último concurre en forma ideal con los delitos de lesiones graves y estrago agravado".

A partir de esta calificación e interpretando el precedente "Mario Fabbrocino" (Fallos: 323:3699), argumentó que debía, por un lado, considerarse la prescripción del delito del artículo 213 bis (ocho años) y, por el otro, la del concurso ideal del homicidio agravado tentado, las lesiones graves y el estrago (doce años). Sobre la base de estos cómputos y, contrariamente a lo alegado por el fiscal en el debate, juzgó que el plazo de prescripción había transcurrido por no verificarse actos de carácter interruptivo anteriores al pedido de arresto preventivo que originara este proceso.

– III –

Desde el punto de vista metodológico, considero necesario responder, en primer término, las objeciones vinculadas con el encuadramiento normativo de los hechos por los que se requiere la extradición de Lariz Iriondo y, sólo en segundo término, a las relativas a la prescripción, ya que éstas variaran la conclusión a la que se arribe en este punto dependiendo necesariamente de la adecuada tipificación del hecho imputado al ciudadano español requerido.

Conforme surge de la descripción de los hechos obrantes en el pedido formal de extradición, se le imputa a Lariz Iriondo que: "puesto de acuerdo con Juan Ignacio Jayo Bustinduy, Miguel Alberdi Zubizarreta y Juan Ignacio Iriondo Gárate, todos ellos miembros activos de la Organización terrorista E.T.A., deciden acabar con la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipuzcoa) que circulaban en un vehículo policial camuflado modelo K y los que ocupaban vehículos de escala (las furgonetas de la

Policía Nacional), cuando circulaban por el lugar conocido como Alto del Malzaga (lugar elegido por Juan Ignacio Jayo Bustinduy y Miguel Alberdi Zubizarreta entre las localidades de Elgoibar y Eibar. El artefacto explosivo a base de goma 2, tornillos y tuercas como metralla es confeccionado por Alberdi Zubizarreta (a) 'el gordo', y tras una reunión de todo el grupo la noche del 8 de octubre de 1984 en el bar Txarridana de Elgoibar, los cuatro miembros del grupo se dirigen en dos coches hasta el lugar elegido, con carácter previo colocan dos detonadores al artefacto y luego de comprobar que el camino está libre llegan al sitio donde tendrá lugar la acción al día siguiente. Una vez en el Alto de Malzaga, ubican el artefacto consistente en una especie de 'hornillo' (olla a presión) en una leve depresión del terreno junto a uno de los márgenes de la autopista, con un puesto de control por cable a más de 30 metros en un camino forestal. La colocación la hacen Juan Ignacio Jayo y Juan Ignacio Iriondo, mientras que la conexión del cable al detonador la realizan Jesús María Lariz Iriondo y Miguel Alberdi Zubizarreta. Al día siguiente, 9.10.1984, por la mañana Alberdi y Jayo deciden comprobar si las víctimas están en el Ayuntamiento de Elgoibar trabajando en el Documento Nacional de Identidad, lo que da resultado positivo sobre las 11 horas. Seguidamente se encuentran con Iriondo a la entrada de la autopista. Desde allí, se dirigen en el vehículo de Alberdi hasta Ermua en donde secuestran 'a punta de pistola' el vehículo Renault 12, matrícula BI-0742-C, a su propietario Ramón Alvarez Arias, al que secuestran y transportan hasta un pinar, a unos 700 metros del lugar del atentado y lo dejan atado a un tronco. Sobre las 14.20 horas comprueban cómo los funcionarios y sus escoltas suben a sus respectivos vehículos tomando la dirección de Eibar. Delante de la comitiva policial circula Alberdi para avisar, Iriondo aguarda en la autopista con el turismo sustraído y Jayo activa el artefacto pero lo hace anticipadamente. Como consecuencia de la acción resultan heridos dos Auxiliares de la Dirección General de la Policía y el Conductor del vehículo, también funcionario público..." (fs. 110).

Además de este hecho puntual se le imputa, asimismo, que anteriormente, también como miembro de la organización E.T.A., había colocado y hecho explotar artefactos explosivos en diversas sucursales bancarias, a saber: el 8 de diciembre de 1982 en la sucursal del Banco Santander de Azcoitía; el 9 de enero de 1983 en el Banco Guipuzcoano de Deva; el 11 de junio de 1983, en el Banco de Santander de Vergara; el 15 de agosto de 1983 en el Banco de Vizcaya de Motrico y, ese mismo día, otro en el Banco Guipuzcoano de la misma localidad. Así tam-

bién, se le imputa que, en fecha no determinada, junto con otros miembros del comando, sustrajo un automóvil R 12, matrícula SS-7634-B, amenazando con sus armas al propietario, a quien dejaron atado en un descampado, para luego dirigirse a una sala de fiestas llamada Guass para secuestrar a su propietario, intento que se vio frustrado al no poder localizarlo. Por último, se le atribuye que el 6 de agosto de 1984, junto con los miembros del comando, utilizando cócteles Molotov, quemó un automóvil Peugeot de matrícula francesa, y el 16 de agosto de ese mismo año, con otros miembros del comando, procedió a quemar otros vehículos de matrícula francesa con la misma metodología (fs. 109/110).

Estos son los hechos por los que se requiere la extradición de Lariz Iriondo, tal como surge del pedido de extradición citado.

– IV –

El modo en que el magistrado español produce el encuadramiento típico en sus normas internas no puede ser debatido en este proceso puesto que a los tribunales argentinos les está vedado controvertir o modificar la calificación efectuada por el Estado requirente (Fallos: 284:459; 305:725 y 315:575, entre muchos otros).

Distinto es el caso de la calificación en el ordenamiento punitivo argentino propuesta en la sentencia recurrida. Como se dijo, para dar por acreditado el requisito de la “doble subsunción”, el juez de la instancia calificó los hechos como atentado contra el orden constitucional en concurso real con los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa, lesiones graves y estrago agravado, que concurren idealmente entre sí.

Ahora bien, a juicio del suscripto, esta calificación no se compadece con los hechos que –conforme lo expuesto en los acápites anteriores– forman parte del pedido.

Sabido es, y también lo tiene dicho la Corte, que la acreditación de este extremo no exige identidad normativa entre los tipos penales en que los Estados contratantes subsumieron los hechos que motivaron el pedido (Fallos: 317:1725; 319:277, entre otros), sino que lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean

y castiguen en sustancia la misma infracción (doctrina de Fallos: 284:459; 306:67; 315:575; 319:277 y 531; 320:1775; 323:3055; entre otros).

Ahora, si bien el concurso de delitos propuesto en la sentencia puntualiza los hechos que conforman el pedido de extradición, no abarca íntegramente lo que el Tribunal ha dado en llamar la "sustancia de la infracción".

En efecto, la múltiple tipificación intentada por el sentenciante no acierta, a mi juicio, a englobar el elemento subjetivo constituido por la voluntad final que une los numerosos hechos ilícitos que se le atribuyen a Lariz Iriondo, ni considera la especial peligrosidad del medio empleado y, además, desdeña el objetivo de este accionar, cual es el hacer zozobrar la tranquilidad pública mediante la intimidación a una cantidad indeterminada de personas. En el caso, de una u otra forma, la subsunción en tipos penales del Código Penal argentino, si bien podría contemplar ciertos aspectos de los hechos que se le imputan al extraditable, dejan fuera características trascendentales, ocultando la magnitud de los ilícitos perpetrados.

– V –

Concretamente, los hechos por los cuales Lariz Iriondo es requerido deben ser calificados, a la luz del derecho de gentes, como actos de terrorismo.

Desde su redacción original el texto de la ley fundamental (artículo 102, actual 118) previó la competencia de los tribunales nacionales para juzgar los "crímenes contra el derecho de gentes" aun cuando éstos se produjeran fuera de los límites territoriales de la Nación. En esa norma el constituyente dejó plasmada su intención de colaborar con la comunidad internacional para perseguir los crímenes contra el derecho internacional.

El Tribunal ha aplicado, desde sus albores, el derecho de gentes en numerosos casos que le ha tocado resolver, interpretando la regla contenida en el artículo 118 conforme ha ido evolucionando con el tiempo, es decir, según el grado de desarrollo que presentaran sus postulados a la hora de resolver las cuestiones sometidas a juzgamiento (Fallos: 2:46; 4:50; 28:31; 43:321; 211:162; 305:2150; 318:2148).

Si bien no existe en el ámbito del derecho internacional convencional una definición de terrorismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha expresado que en dicha categoría deben ser comprendidos "los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas" y ha dicho, asimismo, que tales actos "son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos" (Resolución 51/210 –A/RES/51/210– del 16 de enero de 1996, "Medidas para eliminar el terrorismo internacional").

La voluntad de la comunidad internacional de cooperar en la investigación y sanción de los actos terroristas no es un hecho reciente. Entre los primeros empeños por abordar el fenómeno del terrorismo como materia de preocupación jurídica para la comunidad internacional estuvo la redacción, por parte de la Sociedad de las Naciones, de la Convención de Ginebra de 1937 para prevenir y sancionar el terrorismo, la que nunca entró en vigencia (ver League of Nations, Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, O.J. 19 at 23 (1938), League of Nations, Doc. C. 546 (I) M.383 (I) 1937, V (1938), citada en el "Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/ll.116).

Posteriormente, la Organización de las Naciones Unidas adoptó iniciativas similares contra el terrorismo a través de la negociación de tratados multilaterales y de la labor de sus órganos en distintos niveles. Así, por ejemplo, la Asamblea General adoptó la Resolución 3034 (XXVII) sobre medidas para prevenir el terrorismo internacional –ONU GAOR, sesión plenaria 2114ª, 19 de diciembre de 1972–; el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1269 (1999) sobre la adopción de medidas destinadas a eliminar el terrorismo internacional –ONU SCOR, 4053ª sesión, ONU Doc. S/RES/1269 (1999), 19 de octubre de 1999–; y la Comisión de Derecho Internacional en 1990 incluyó su tratamiento en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad –Vol. II, Parte II, págs. 28-29–.

Los Estados miembros y los órganos de las organizaciones internacionales regionales se han empeñado análogamente en abordar las

manifestaciones del terrorismo en sus respectivas jurisdicciones a través de la negociación de convenciones multilaterales y de otras medidas (por ejemplo, Consejo de Europa: "Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo", del 27 de enero de 1997; la Organización de la Unidad Africana: "Convención sobre la Prevención y el Combate contra el Terrorismo", aprobada en Argel el 13 de julio de 1999, entre muchos otros).

En el sistema interamericano, en particular, las iniciativas contra el terrorismo más notables incluyen la promulgación en 1977 de la "Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional" (aprobada el 2 de febrero de 1971, Serie sobre tratados OEA N° 37), la labor actual del Comité Interamericano contra el Terrorismo (Resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.P, AG/RES. 1650, del 7 de junio de 1999, donde se establece el Comité Interamericano contra el Terrorismo) y la "Convención Interamericana contra el Terrorismo", recientemente adoptada (OAS AG/RES.1840 –XXXII-O/02– segunda sesión plenaria, 3 de junio de 2002, aprobada por nuestro país mediante la ley 25.762).

En el artículo 2 de este texto convencional se define el crimen de terrorismo mediante una remisión a distintos textos convencionales sobre la materia. Así, dicha norma establece: "1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por 'delito' aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación: a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; d) Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; e) Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; f) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; g) Convenio para la represión

de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; h) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; i) *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; j) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999".

Precisamente, la hipótesis fáctica por la cual se requiere la extradición de Jesús María Lariz Iriondo encuadra, a mi juicio, dentro de las previsiones del "*Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*", aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley 25.762, del 16 de julio de 2003, y ratificado el 25 de septiembre de 2003 (en adelante: el Convenio).

En su artículo 2 establece: "1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o, [...] c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate".

Como se advierte, las disposiciones contenidas en el Convenio describen con claridad la materia de prohibición por la cual el Reino de España solicita la extradición de Lariz Iriondo.

En efecto, tal como surge de la descripción contenida en el pedido de extradición de fs. 108/113, reseñada en detalle en el acápite III de este dictamen, se le imputa a Jesús María Lariz Iriondo pertenecer a la organización E.T.A. y, en ese carácter, se le atribuye la colocación de siete explosivos, dos hechos de robo de vehículos, el secuestro de dos personas, el depósito de armas y de explosivos y la colocación de un explosivo plástico en el lugar por donde habría de transitar un automóvil del Cuerpo Nacional de Policía que, por detonar antes de lo previsto, hizo fracasar el resultado homicida del acto, pero provocó heridas de gravedad a los tripulantes del automóvil (fs. 108 y siguientes).

La aplicación de este instrumento convencional no sólo es adecuada por cuanto refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la extradición, sino también porque el Estado requirente es parte del Tratado. En efecto, el "*Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*" fue suscripto por el Reino de España el 1° de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999.

Más aun, surge del artículo 9 del propio Convenio que "...se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado entre Estados Partes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Convenio...". Esta afirmación también es concordante con lo estipulado en el artículo 3 del "Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República Argentina" (ley 23.708), el cual establece que también darán lugar a extradición los delitos incluidos en los convenios multilaterales en los que ambos países sean parte.

De todos modos, debe quedar en claro que la ratificación en años recientes del "*Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*" por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de delito contra el derecho de gentes que, como se desprende de los antecedentes mencionados, ya se postulaba desde antes para el terrorismo; en otras palabras, es una manifestación más del proceso de codificación del Derecho internacional no contractual preexistente.

Por consiguiente, debe entenderse que las infracciones previstas por el Convenio antes citado dan lugar a extradición conforme a los parámetros incluidos en este último.

– VI –

La aplicación preferente al caso del "*Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*", en tanto ley de cooperación internacional específica para el caso, determina también la solución que cabe adoptar acerca de la cuestión relativa a la subsistencia o extinción de la acción penal.

Como se advierte ya de los tratados e instrumentos internacionales mencionados en el acápite precedente, la comunidad internacional ha avanzado en una unánime condena del terrorismo y ha expresado una clara voluntad de juzgarlo y sancionarlo en la conciencia de que su erradicación no interesa sólo al Estado directamente perjudicado, sino que constituye una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que están obligadas, por ello, a cooperar en la persecución y sanción del terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, como por la coordinación de sus derechos internos (Fallos: 319:510, voto del juez Boggiano).

Esta es la concreción del conocido principio *aut dedere aut iudicare*, también incluido entre las obligaciones del "*Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*", que en el artículo 6.4 establece que: "cada Estado Parte tomará [...] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2".

También el principio *aut dedere aut iudicare* se desprende de la obligación del artículo 8.1 del Convenio, que dispone: "[...] el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, *estará obligado* a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, *sin excepción alguna* y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave, de acuerdo con el derecho de tal Estado".

Finalmente, el Convenio reafirma esta idea al establecer en su artículo 9.5 que: "las disposiciones de todos los tratados de extradi-

ción vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el artículo 2 se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio".

En otras palabras, dado su carácter posterior y su especificidad en la materia, la solicitud de extradición de Lariz Iriondo debe analizarse a la luz de lo normado en el "*Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*". Sólo en la medida en que no resulten incompatibles podrán aplicarse otras normas derivadas del derecho de extradición o cooperación judicial.

Conforme lo expuesto, cabe afirmar que toda disposición normativa estipulada en el "Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República Argentina" contraria o incompatible con lo normado en el mencionado Convenio multilateral debe considerarse derogada por aplicación de los principios de *lex specialis*.

De allí que cuando el Convenio establece en su artículo 9.5 que: "las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el artículo 2 se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio", debe entenderse que se ha operado una modificación, para este tipo de delitos, del artículo 9, inciso "c", del tratado de extradición bilateral (ley 23.708), pues un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, la sentencia recurrida resulta arbitraria, pues soslaya toda interpretación de lo dispuesto por el tratado multilateral, dado que sólo hace referencia al tratado de asistencia entre el estado argentino y el español celebrado en 1987, pero omite toda consideración a la norma que específicamente se aplicaba al caso. En tal sentido, la afirmación del sentenciante en cuanto a que, según la legislación argentina, los delitos que se le imputan a Lariz Iriondo se encuentran prescriptos es inoponible a lo estipulado en el Convenio, dado que una afirmación de tal naturaleza lleva a negar la extradición alegando la mera aplicación de derecho interno.

Estas argumentaciones son, a su vez, inconsistentes con la regla estipulada por el artículo 27 de la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" en tanto que: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Por tal motivo, no puede alegarse que ha operado la prescripción de la acción penal en el caso sin frustrar el objeto del "*Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*", al que nuestro país voluntariamente se ha sometido.

Además, un rechazo del extrañamiento fundado en consideraciones puramente internas conllevaría la responsabilidad del Estado argentino ante la comunidad internacional, y la Corte debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos –preámbulo y artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, artículo 5°, inciso b y c de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– (Fallos: 315:1492; 316:1669; 317:1282; 318:373, entre otros).

Por último, no debe perderse de vista que nos encontramos en el presente con un proceso de extradición internacional de criminales, por lo cual no se juzga sobre la responsabilidad de quien se encuentra sometido a este proceso sino, únicamente, sobre la identidad del requerido y el cumplimiento de las condiciones previstas en las leyes y tratados aplicables (Fallos: 42:409; 150:316; 166:173; 178:81; 212:5; 213:32; 236:306; 284:459; 291:195; 308:887; 311:1925; 314:1132 y 318:373).

En tal sentido, debe considerarse al Convenio como la herramienta más idónea para hacer efectiva la cooperación internacional en lo que respecta a la investigación y sanción de los delitos que, a la luz del derecho de gentes, son considerados "terrorismo". La utilización de este instrumento convencional de ningún modo menoscaba la calificación de los ilícitos como delitos del orden interno del estado argentino y español. En otras palabras, el Convenio no tipifica o crea un nuevo delito (terrorismo) sino que establece un marco de cooperación según el cual los Estados Partes se someten a sus reglas para hacer efectiva "la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer

y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores" (cfr. exordio del Convenio).

En síntesis, la circunstancia de que el hecho que se le imputa a Lariz Iriondo pudiera encontrarse prescripto para la legislación nacional resulta inoponible para impedir el extrañamiento so pena de que el Estado argentino pueda incurrir en responsabilidad internacional. Todo esto, según la opinión de este Ministerio Público Fiscal, surge de la correcta aplicación de la normativa multilateral que une a la República Argentina y al Reino de España en el hecho motivo de extradición.

– VII –

A la luz de las disposiciones del Convenio la competencia del estado español para juzgar los hechos que se le imputan a Lariz Iriondo es clara (todos ellos acaecieron en territorio español, sus autores y víctimas son españoles).

El propio convenio establece la obligación de que cada estado parte ejerza su jurisdicción criminal cuando los hechos se cometieran: "a) En el territorio de ese Estado, o b) Abordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado". Y, subsidiariamente, cuando: "a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o b) Sea cometido en o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado" (artículo 6).

Surge con toda claridad, entonces, la obligación y competencia de los tribunales del Estado requirente para juzgar los hechos por los cuales se solicitara la extradición de Lariz Iriondo.

A estos efectos téngase en cuenta que el Tribunal tiene dicho que el fundamento del instituto de extradición radica en el interés común

a todos los estados de que los delincuentes sean juzgados en el país a cuya jurisdicción internacional corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos (Fallos: 298:126 y 138; 308:887; 318:887; 324:3713).

– VIII –

De no compartirse la interpretación que aquí se ha propuesto acerca de la utilización preferente del citado "Convenio" para resolver la procedencia de la extradición de Lariz Iriondo, considero, de todos modos, que debe ser rechazada por arbitraria la interpretación en materia de prescripción efectuada por el juez de la instancia a la luz de los antecedentes del caso.

En efecto, la sentencia en crisis pretende encontrar respaldo a su argumentación en que no existieron actos con entidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción entre la fecha en que acaecieron los hechos y el de la solicitud de arresto preventivo de fs. 2.

Pero, para así razonar, debió desconocer efectos interruptivos tanto a la resolución de fecha 18 de marzo de 1985 dictada por el juez español, como al requerimiento de extradición ante la República Oriental del Uruguay del año 1992.

En lo que respecta al primero de esos actos, merced a un seccionamiento de las circunstancias fácticas del pedido, el juez consideró que en el auto de procesamiento del 18 de marzo de 1985 (fs. 128/131) no se contempló la autoría de Lariz Iriondo por la colocación de un explosivo al paso del vehículo policial al que ya se hiciera referencia, y a partir de esa premisa concluyó que dicha resolución no podía ser invocada como secuela del juicio, respecto de ese hecho puntual; carácter que sí, en cambio, concedió al auto de procesamiento dictado posteriormente, el 5 de marzo de 2002.

No obstante, basta una comparación de la descripción de los hechos contenida en ambas resoluciones para advertir lo erróneo de dicha prédica: en un principio (auto del año 1985) Lariz Iriondo no aparece cumpliendo un rol materialmente activo en la determinación del objetivo y la posterior colocación de la bomba; pero, en la resolución del año 2002, luego de un normal enriquecimiento probatorio, se le

imputa concretamente el carácter de autor del hecho. Así lo manifiesta el propio magistrado a fs. 134.

No es esto muy diferente de lo que ocurre cotidianamente en cualquier proceso que tramita en nuestro país: personas que *prima facie* parecen vinculadas a hechos ilícitos en forma indirecta, en el devenir de la investigación, resultan imputados como sus principales autores.

Sólo me resta señalar que no puede entenderse más que como un error material la afirmación que hace el juez español, al referirse al atentado del 9 de octubre de 1984, en cuanto a que: "por estos hechos y delitos Jesús María Lariz Iriondo no fue procesado en el Auto de 18.03.85" (fs. 134). Ello es así, pues justamente en esa resolución (fs. 130) se "DECLARAN PROCESADOS ... [entre otros] a JESUS MARIA LARIZ IRIONDO", y entre los hechos descriptos se encuentra claramente el ocurrido el 9 de octubre de 1984 que el juez Castro Meije calificó como estrago del art. 554 de la ley penal entonces vigente. En otras palabras, uno de los siete estragos por los cuales se procesa a Lariz Iriondo lo constituye ese atentado.

Descartadas entonces las supuestas discordancias entre ambas decisiones de la justicia española, también cae por infundada la atribución de intenciones aviesas que señala el magistrado sentenciante: "el Estado requirente intentó que pase inadvertida la variación del hecho del día 9 de octubre de 1984, que comienza a modificarse..." (fs. 849 vta.). Es precisamente porque ambas resoluciones contienen una única descripción del mismo hecho acaecido –pero respondiendo cada una de ellas a distintos estadios del progreso procesal– que se ha acompañado copia de ambos autos de procesamiento. En definitiva, remitir sendos decisorios es muestra cabal de transparencia y no de haber acudido a un tapujo procesal.

Esto también es lo que se infiere de los mismos recaudos. Así, en el pedido de extradición el titular del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco señala como fundamento de éste que: "...se ha dictado contra Jesús María Lariz Iriondo autos motivados de procesamiento y prisión de 18.03.85 y 05.03.02..."; a su vez, el fiscal de la Audiencia Nacional refiere que: "...en sustento de la demanda de extradición, debe remitirse a las autoridades de la República Argentina una copia certificada de los Autos de procesamiento y prisión de 18.3.1985 y 5.3.2002, en los que se contiene relación de los hechos, lugar y fecha

en que ocurrieron...” (cfr. fs. 115), que el magistrado remite de conformidad “...para que tenga efecto tal proposición y solicitud de extradición cúrsese en tal sentido a la Autoridad judicial competente de Argentina acompañándose testimonio literal de esta resolución y los particulares mencionados por el Ministerio Fiscal, todo ello con el visto bueno del proveyente...” (fs. 126/127).

Por otro lado, no se comprenden las razones que se aducen para no considerar como secuela de juicio el pedido de extradición que tramitara ante la República Oriental del Uruguay, a pesar de que su pertinencia está acabadamente corroborada por las afirmaciones del representante del Ministerio Público Fiscal español (fs. 118) y del juez argentino que entendió en primer término en este proceso (fs. 280/281). También aquí, más allá de la arbitrariedad que implica negar un hecho de cuya existencia las partes guardan coincidencia, la actitud del juzgador implica, lisa y llanamente, descreer de las manifestaciones del Estado requirente sin un sustento objetivo válido. En efecto, esta conclusión conlleva al apartamiento inmotivado por parte del *a quo* de principios claves del derecho internacional de los tratados según los cuales la buena fe se presupone en los compromisos convencionales (artículo 26 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”). No puede dudarse sin más de que el Reino de España aplica y ha de aplicar con justicia la ley de la tierra (Fallos: 187:371).

Por otro lado, la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, que constituye la pauta idónea para interpretar el texto de los tratados en materia de asistencia judicial internacional y es complementaria de ellos (artículo 2°, segundo párrafo de la ley 24.767), establece expresamente que la presentación en forma de los documentos hacen presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a las que se refieren (artículo 4°, tercer párrafo).

Esta presunción normativa atiende a los principios precedentemente expuestos, por cuanto no resulta posible dudar de las manifestaciones contenidas en documentos emanados de las autoridades de un país extranjero, salvo que existan constancias objetivas que permitan impugnarlas, circunstancia que no se advierte ni ha sido señalada en la sentencia.

En síntesis, la aseveración de que el auto de procesamiento del año 1985 no contempla el hecho motivo de este pedido de extradición y, por ello, no puede ser invocado como secuela de juicio resulta una

afirmación únicamente basada en la voluntad del magistrado federal –y, como tal, arbitraria–, que se opone a constancias claras y explícitas obrantes en este proceso. E idéntica arbitrariedad cabe predicar respecto de su negativa a considerar como secuela del juicio el pedido de extradición a la República Oriental del Uruguay del año 1992, cuya existencia se halla acreditada en la causa.

Esta falencia adquiere aun mayor significación si se advierte que, según la jurisprudencia de V.E. que el propio sentenciante cita en su apoyo (Fallos: 323:3699), constituyen secuela de juicio respecto del atentado objeto del presente caso, al menos, el auto de procesamiento del 18 de marzo de 1985, el sometimiento del requerido al procedimiento de extradición 18 de mayo de 1992 y el pedido de extradición a la República Oriental del Uruguay también del año 1992, el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002, la solicitud de arresto preventivo del 21 de noviembre de 2002, la solicitud de extradición del 25 de noviembre de 2002 –incorporado al expediente el 19 de diciembre de 2002–, y demás actos ocurridos en este expediente donde se evidencia claramente, por un lado, que no han transcurrido los plazos del artículo 62 del Código Penal y, por el otro, la persistente voluntad de España de juzgar a Lariz Iriondo por los hechos ya reseñados. A esta misma solución ya había llegado el juez de primera instancia que entendió en primer término en su resolución de fs. 280/281, que quedara firme por no haber sido recurrida correctamente (fs. 324).

– IX –

Ahora bien, tanto el “Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal” argentino-español como el Convenio reconocen, como excepción para la remisión del individuo a la nación que lo requiere, la posibilidad de que éste pueda ser sometido a tratos o penas crueles (artículo 10 del tratado de extradición y 12 de la convención).

Esta preocupación también ha tenido recepción en la sentencia aquí en crisis. Sobre el punto, curiosamente se dispuso en una suerte de “sentencia subsidiaria”, esto es, ciertos condicionamientos para la remisión del extraditable a España, limitaciones que sólo cobrarían efectividad en el supuesto de que V.E. revocase el fallo. Huelga decir que esta pretensión de otorgarle a la sentencia de primera instancia efecto *ultra vires*, imponiéndole así ciertas condiciones a la decisión del Tribunal es, a todas luces, inválida.

Ahora bien, tampoco considero atendibles las alegaciones de Lariz Iriondo referidas a un supuesto peligro de ser sometido a tratos y penas crueles. Como se ha dicho en Fallos: 324:3484 en el que se trajeron agravios de similar índole respecto de un pedido de la República del Paraguay, "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" (del punto III del dictamen de esta Procuración General que la Corte comparte y hace suyo). Y, en el caso, no existe absolutamente ninguna circunstancia objetiva que permita inferir este peligro.

Por otro lado, adviértase que se ha resaltado en el transcurso del debate que la supuesta intolerancia contra algunos militantes de ETA detenidos, le es atribuida a una fuerza política que hoy ya no gobierna en España (cfr. los dichos de Adolfo Pérez Esquivel en el debate, fs. 821/822).

Sin embargo, y a todo evento, resultará aplicable la solución adoptada por el Tribunal en Fallos: 322:507 donde sostuvo que, en caso de comprobarse la verosimilitud del planteo efectuado por el requerido –la existencia de torturas y malos tratos en el país requirente–, el Poder Ejecutivo deberá disponer su entrega en condiciones que preserven su seguridad personal (considerando 9° y voto del juez Fayt, considerando 11°).

Ello sin perjuicio de que, tal como se ha dicho en otras oportunidades, debe tenerse en cuenta que existen en el país requirente mecanismos de protección nacionales y supranacionales que, a todo evento, podrán ejercer un control acerca de las condiciones que preocupan al requerido (Fallos: 324: 3484 y los votos de los ministros Belluscio, Boggiano y Bossert, considerando 33° y el voto del ministro Petracchi, considerando 35° en Fallos: 322:41).

– X –

Por todo lo expuesto, a mi juicio, corresponde revocar la sentencia apelada y conceder la extradición solicitada por el Reino de España. Buenos Aires, 21 de septiembre de 2004. *Esteban Righi.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”.

Considerando:

1°) Que el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España en razón de considerar extinguida la acción penal, según la legislación de la República Argentina, respecto del hecho por el cual consideró que había sido requerida su entrega, especificó, de manera subsidiaria y para el caso de que lo así resuelto fuera revocado, que el país requirente debería brindar una serie de garantías respecto del trato carcelario al que se vería sometido el requerido en jurisdicción española (fs. 836/875).

El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación ordinaria contra esa decisión (fs. 877) que fue concedido (fs. 878) y mantenido en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación (fs. 892/903).

El apoderado del Reino de España presentó el memorial obrante a fs. 921/947 mediante el cual adhirió a los agravios de la parte recurrente y solicitó la revocación de la resolución apelada.

La defensa de Lariz Iriondo mejoró los fundamentos a fs. 952.

2°) Que de todas las cuestiones que integraron el debate en este procedimiento de extradición, ha de considerarse en primer término la referida a la prescripción de la acción penal según la legislación argentina, toda vez que fue el fundamento de la resolución denegatoria y, por ende, materia central de la apelación fiscal que mantuvo el señor Procurador General de la Nación en esta instancia.

3°) Que el art. 9 del Tratado de Extradición aplicable, aprobado por ley 23.708 consagra que “No se concederá la extradición:... c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la

pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición".

4°) Que el agravio referido a la prescripción de la acción penal no puede escindirse de otras dos cuestiones que también son materia de apelación: el alcance de los hechos incluidos en el pedido de extradición y su subsunción legal según las leyes del país requerido.

5°) Que en cuanto al primer punto, el *a quo* consideró que "solamente puede entenderse que el pedido de extradición se refiere a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984 de la forma narrada en el pedido de extradición" (fs. 851) en el que Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA atentaron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa). A resultas del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía –Josefa Pimental Muñoz y Nieves Amigo Recondo– y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron "a punta de pistola" al propietario del vehículo Renault 12 matrícula BI-0742-C –Ramón Alvarez Arias– a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco.

Calificó tales hechos, según la legislación argentina, como infracción al art. 213 bis del Código Penal en concurso real con el delito de tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal) que concurre, a su vez en forma ideal, con el delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal) y estrago agravado (art. 186, inc. 4 del Código Penal) (fs. 852 vta./853).

Sobre esa base y con sustento en lo resuelto por el Tribunal en Fallos: 323:3699 (considerando 5° y sus citas), aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción en el caso de los hechos típicos que concurren en forma real. Así, por un lado, fijó la prescripción de la acción penal nacida del tipo penal del art. 213 bis del Código Penal (asociación ilícita) en ocho años por ser el máximo de pena previsto (art. 62, inc. 2 del Código Penal) para ese tipo de delito. De otra parte, seleccionó entre los hechos típicos que concurren en forma ideal –tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y estrago agravado– el plazo de prescripción de 12 años previsto para la

figura del homicidio agravado en grado de tentativa por contemplar la pena mayor (arts. 54 y 62, inc. 2° del Código Penal).

Tomó como fecha de inicio del plazo el 8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito y consideró que a la fecha de interposición del pedido habían transcurrido 18 años y 1 mes, sin que se hubieran verificado actos interruptivos del curso de la acción penal. Desestimó que tuvieran entidad interruptiva los dos actos procesales extranjeros invocados por el Ministerio Público Fiscal en posición a la que adhirió el representante del país requirente en esta instancia: tanto la orden de procesamiento y prisión del juez español dictada el 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131) como el pedido de extradición formulado por el Reino de España a la República Oriental del Uruguay en 1992.

Para así concluir, el *a quo* tuvo en cuenta que el propio juez del país requirente reconoció, en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002 obrante a fs. 132/135: "en relación a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984, que Jesús María LARIZ IRIONDO no fue procesado en el auto del 18 de marzo de 1985" (fs. 850) y, que "En consecuencia, no puedo tener por probado que el actual pedido es por los mismos hechos que se ha solicitado en 1992 la extradición... al Uruguay" (fs. 873). A lo que agregó que el juez exhortante omitió toda referencia sobre esto último y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850).

6°) Que en ese orden de ideas, el Tribunal considera que asiste razón al señor Procurador General y al Reino de España al agraviarse en esta instancia porque el pedido de extradición obrante a fs. 108/113 es suficientemente claro e incluye, en sustento de la entrega de Lariz Iriondo, la totalidad de los hechos descriptos en los dos autos de procesamiento y prisión acompañados y dictados en su contra por la justicia española.

En el primero de esos autos –de fecha **18 de marzo de 1985** (fs. 123/131)– Jesús María Lariz Iriondo fue procesado y se dictó orden de "prisión incondicional" en su contra por los siguientes hechos:

> 1°) formar parte, junto con Juan Ignacio Iriondo Grate, de un comando de ETA militar denominado "IRAULTZA" que tenía a su disposición un

subfusil y cuatro pistolas. Asimismo, a principios de 1984, haber pasado a formar parte del comando "MORKAIKO UNIFICADO", al unificarse aquél con otro denominado "MORKAIKO", a cuya disposición quedaron las armas de ambos comandos (fs. 128).

2°) En tal carácter, haber colocado artefactos explosivos en las siguientes oportunidades:

a) el 8 de diciembre de 1982, en la Sucursal Banco de Santander de Azcoitía,

b) el 9 de enero de 1983, en el Banco Guipuzcoano de la localidad de Deva,

c) el 11 de junio de 1983, en el Banco Santander de la localidad de Vergara,

d) el 15 de agosto 1983, en el Banco de Vizcaya de Motrico,

e) el 15 de agosto 1983 en el Banco Guipuzcoano de Motrico.

3°) En fecha no determinada haber sustraído, junto a otros miembros del comando ya unificado, el automóvil Renault 12, matrícula SS-7634-B amenazando con sus armas al propietario del mismo al que dejan atado con cuerdas en un descampado y se dirigen a una sala de fiestas llamada GUASS con intención de secuestrar a su propietario, de lo cual desisten al no localizarlo.

4°) El 6 de agosto de 1984, la quema de un automóvil Peugeot de matrícula francesa utilizando cócteles molotov.

5°) El 16 de agosto de 1984, la quema de varios vehículos franceses con cócteles molotov.

6°) El 8 y 9 de octubre de 1984, atentado junto con otros miembros del grupo ya unificado, contra miembros del equipo de renovación del Documento Nacional de Identidad, previa sustracción del vehículo marca Renault 12 matrícula BI-0742-E, cuyo propietario fue amenazado con armas de fuego y abandonado, atado a un árbol en un descampado.

Los hechos así descriptos fueron calificados por el país requirente, con invocación de las normas del Código Penal vigentes en el momen-

to en que se produjeron, como: pertenencia a bandas armadas (art. 174 bis); 2 hechos de detención ilegal (art. 480); 7 hechos de estrago (art. 554); 2 robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264).

En el segundo auto extranjero –de fecha **5 de marzo de 2002** (fs. 132/135)– se decretó el procesamiento y la prisión provisional incondicional de Lariz Iriondo por tentativa de asesinato respecto de Josefa Pimentel Muñoz y Nieves Amigo Recondo –ambas auxiliares de la Dirección General de la Policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa)– y José Rubio Charco –quien conducía el vehículo policial que las transportaba– en ocasión del atentado que habría tenido lugar el 9 de octubre de 1984 contra el vehículo en el que circulaban.

La imputación contenida en esta segunda orden fue calificada como "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponde con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La orden de procesamiento y prisión del 5 de marzo de 2002 no hizo sino ampliar el marco de imputación dirigido contra Lariz Iriondo respecto del hecho cometido entre el 8 y 9 de octubre de 1984, al incorporar a la imputación originaria "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La circunstancia de que, como el propio juez *a quo* reconoce, uno de los hechos incluidos en la primer orden –el acaecido entre el 8 y 9 de octubre de 1984– fue "relatado de una forma más amplia en el pedido de extradición y en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002" (fs. 848) en modo alguno pudo generar las apreciaciones obrantes a fs. 849 vta. *in fine*.

En cuanto a las apreciaciones del juez apelado obrantes a fs. 848 vta./849, cabe señalar que las circunstancias allí señaladas no resultan óbices para la procedencia de la entrega ya que es antigua doctri-

na del Tribunal que este tipo de procedimiento no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, en tanto no importa el conocimiento de la materia de fondo del proceso ni implica decisión alguna acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del individuo cuya entrega se requiere en relación con los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 166:173, citado en Fallos: 311:1925).

7°) Que esclarecido así el alcance del pedido de extradición, cabe analizar la subsunción legal de la totalidad de los hechos descriptos a los efectos de examinar seguidamente lo atinente a la eventual prescripción penal de la acción penal, según la legislación argentina.

Sobre el particular, la parte recurrente, en posición a la que adhirió el representante del Reino de España (punto II.2. de su memorial), considera que el encuadre legal de los hechos en cuestión en las normas del Código Penal es inadecuado por cuanto no refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega, al no contemplar sus características trascendentales y desconocer la magnitud de los ilícitos perpetrados (fs. 894).

Propone en su reemplazo la de "actos de terrorismo" en el marco del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* en la medida que la descripción que contiene el art. 2 de ese convenio multilateral, del cual el Reino de España es también parte al haberlo suscripto el 1° de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999, describiría con claridad la materia de prohibición por la cual se solicita la extradición de Lariz Iriondo (fs. 896/899).

El *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* fue adoptado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 164, en el 52a. Período de Sesiones de la Asamblea General, el 15 de diciembre de 1997 y entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001. Fue suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley nacional 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003. Entró en vigor para nuestro país 30 días después (art. 22.2.).

En su art. 2 consagra que:

> "1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sus-

tancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1.

3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c) Contribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

8°) Que, según surge de las constancias de autos (fs. 840/840 vta.), el representante del Ministerio Público Fiscal en primera instancia nunca hizo referencia a este marco normativo. Por el contrario, propuso el adoptado por el juez de primera instancia. El Reino de España no era parte en el trámite en ese momento. El requerido se agravia porque estima que la cuestión no fue invocada en las instancias anteriores.

9°) Que, sin embargo, el Tribunal se considera habilitado para considerar el punto teniendo en cuenta la amplitud de esta vía ordinaria para tratar esta cuestión de derecho y las posibilidades que tuvo el requerido –como de hecho lo hizo– de hacer valer su defensa sobre el punto en el memorial de fs. 952.

10) Que cabe señalar, en primer lugar, que el Código Penal argentino incluyó, con la sanción de la ley 23.077 el 9 de agosto de 1984 –con carácter previo a algunos de los hechos en que se funda el pedido–, un espectro normativo que contempla alternativas típicas no consideradas en las instancias anteriores y que podrían tener pertinencia a los fines de subsumir los hechos en que se funda el pedido de extradición en la legislación argentina. Ello en la medida en que suplirían sino

todas, al menos, algunas de las insuficiencias que señala el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede.

11) Que, sin embargo, sea cual fuera la alternativa típica que el Tribunal adopte y aun las soslayadas en la instancia anterior, y si, incluso, entre ellas, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permitía superar el límite de 12 años que el art. 62, inc. 2° del código de fondo fija como tope máximo de prescripción de la acción para tipos penales que, como en el *sub lite*, tienen previstas penas de reclusión o prisión temporales, ni en su caso el de 15 años, si se tratara del supuesto previsto en el inc. 1° de dicha norma.

Ello, aun utilizando las calificaciones agravadas contempladas para las figuras penales básicas que a continuación se individualizan, e incluso sujetas al aumento de pena contemplado en el art. 227 ter del Código Penal, si se considerara que acciones como las imputadas contribuyen, en el contexto en que se llevaron a cabo, a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

12) Que, en efecto, el hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación –calificada como ilícita– E.T.A. se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984.

En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago de fecha 8 de diciembre de 1982, 9 de enero de 1983, 11 de junio de 1983, 15 de agosto de 1983 –en dos oportunidades–, 6 de agosto de 1984 y 16 de agosto de 1984. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado –uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982–. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez *a quo* calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal).

13) Que, por aplicación de la teoría del paralelismo (Fallos: 323:3699), transcurrieron más de 12 años –o incluso más de 15– desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A.

14) Que, para agotar el análisis de las soluciones que podría ofrecer el derecho interno, cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 reguló, en el art. 36 (Imperio de la Constitución. Sanciones. Ley de ética pública), algunos de los denominados delitos "contra los poderes públicos y el orden constitucional" previstos por el Código Penal en el título X. Fijó como bien jurídico protegido "el orden institucional y el sistema democrático" (conf. Primera Parte, Capítulo Segundo: "Nuevos Derechos y Garantías").

La incidencia que la cuestión podría tener en el *sub lite* está dada porque uno de sus parágrafos consagra que "Las acciones respectivas [civil y penal] serán imprescriptibles". Sin embargo, no es claro que esa cláusula contemplara supuestos como el de autos y, menos aún, si es factible su aplicación retroactiva (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo IV, pág. 4061 y ss., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley Ed., 1995).

15) Que, por lo expuesto, cabe concluir –en una primera aproximación a la problemática planteada en autos– en que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo estaría prescripta a la luz de la legislación argentina.

Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar cuáles son los actos interruptivos de la acción penal y se mantuviera, en materia de extradición, el criterio del Tribunal de Fallos: 323:3699 ("Fabbrocino").

Tampoco, de acogerse el agravio fiscal y del país requirente y asignarle –como correspondería según quedó expuesto en el considerando 6°– efecto interruptivo, a la orden de procesamiento y prisión de fecha 18 de marzo de 1985, respecto de los delitos de asociación ilícita y estrago cometido el 9 de octubre de 1984 (fs. 123/131).

En efecto, incluso desde la fecha de esa orden de procesamiento y prisión transcurrieron más de 12 años o, en la hipótesis más gravosa, 15 años hasta que se registra el pedido de extradición que data de finales de 2002. Igual conclusión cabe adoptar respecto del delito de tentativa de homicidio, por estar ya prescripta la acción penal nacida del mismo, para el ordenamiento jurídico argentino, al dictarse la orden de detención del 5 de marzo de 2002 (fs. 132/137).

16) Que tanto el Ministerio Público Fiscal como el país requirente pretenden asignarle efecto interruptivo al pedido de extradición que el Reino de España le habría formulado en el año 1992 a la República Oriental del Uruguay respecto de Lariz Iriondo por los mismos hechos que dan sustento a este trámite.

Sin embargo el juez desestimó esa postura invocando que el magistrado omitió toda referencia sobre el particular y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850 y 857 vta./859).

No hay elementos que controviertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal.

17) Que el señor Procurador General de la Nación propone superar el óbice que en el *sub lite* representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*.

Argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c.

Para así concluir, invoca el parágrafo 9 del Preámbulo de ese convenio multilateral que reza “Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores”.

Asimismo, el art. 6.4., en concordancia con el art. 8.1., en cuanto consagra el principio *aut dedere aut judicare*. Por último, el art. 9.5. en cuanto fijaría un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes.

En ese contexto, considera que "...un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio" (fs. 898/898 vta.).

18) Que tal conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta con el objeto y fin del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* ya que desatiende el contexto en el que están insertas las citadas cláusulas convencionales sin correlacionar, además, ese instrumento internacional con los demás tratados vigentes sobre la materia que conforman un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo que debe aplicarse de manera integral a fin de acordar plena eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo.

En efecto, el objeto y fin del Convenio en cuestión fue ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como "actos de terrorismo" y, por ende, delictuales. Su Preámbulo consagra el propósito de "intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores" atento que "...las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente debidamente a esos atentados" al no contemplar "los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos" (parágrafos 7 a 9).

El texto aprobado mantuvo la redacción del proyecto original y, en lo que aquí concierne, preservó dentro del ámbito de las regulaciones nacionales tanto la obligación de "...tipificar, con arreglo a su legislación interna..." los actos definidos en el art. 2 como delictuales y "sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave" (art. 4) como la de regular las condiciones que rigen la cooperación penal –incluida la extradición– respecto de tales delitos a los que consideró sujetos a extradición.

El art. 9 consagra este último, al considerar "delitos extraditables" los consagrados en el Convenio (art. 2) y fijar distintas consecuencias jurídicas a resultas de ello, según si los Estados que han de prestarse cooperación jurídica están unidos o no convencionalmente.

Para aquellos Estados Partes que –como sucede entre la República Argentina y el Reino de España– están unidos por tratados de extradición anteriores a la entrada en vigencia de este convenio multilateral, fija la obligación de considerar como "extraditables" los delitos alcanzados por el ámbito de aplicación material del Convenio (art. 9.1.).

Asimismo, contempla la obligación de fijar su jurisdicción en los supuestos que regula en el art. 6° y la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* "...en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho estado no conceda la extradición..." (parágrafo 4°). En este supuesto, estará obligado a "...someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado" (art. 8.1).

Por último, el Convenio no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales.

19) Que semejante regulación se condice con la de los tratados que le sirvieron de fuente. En este sentido, ver los arts. 2, 8 y 10.1 de la *Convención Internacional contra la toma de rehenes* –Naciones Unidas, 1979– aprobada por ley nacional 23.956 (1991) y en vigor desde el 3 de junio de 1983. Asimismo, los arts. 5, 10 y 11.1. del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* –Roma, 1988– suscripto por la República Argentina el 10 de marzo de 1988 y aprobado por ley 24.209.

Los demás instrumentos internacionales que también integran el acervo jurídico internacional existentes en la lucha contra el terrorismo regulan otras modalidades de actos terroristas y reproducen, a esos fines, cláusulas sustancialmente análogas a las antes reseñadas (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional sometiendo a su consideración el proyecto de ley tendiente a aprobar el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, "Diario de Sesiones Ordinarias 2002 de la Cámara de

Diputados de la Nación", 9 de septiembre de 2002, Orden del Día 938, pág. 7).

Así, el *Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves* –La Haya, 1970– aprobado por decreto-ley 19.793 (arts. 2, 7 y 8.1.); el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* –Montreal, 1971– aprobado por ley nacional 20.411 y su *Protocolo Adicional para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional* –Montreal, 1988– aprobado por ley 23.915 (arts. 3, 7 y 8.1.); la *Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* –Naciones Unidas, 1973– aprobado por ley 22.509 (arts. 2, 7 y 8.1.); el *Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares* –Viena, 1980– aprobado por ley 23.620 (arts. 7, 10 y 11.1.) y el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental* –Roma, 1988– aprobado por ley 25.771 (art. 1).

En igual sentido, el *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* –Naciones Unidas, 1999– suscripto por la República Argentina el 28 de marzo de 2001 y recientemente aprobado por ley 26.024 (arts. 4, 10 y 11.1).

Por último, los dos proyectos de Convención para la lucha contra el terrorismo que se debaten actualmente, uno en el ámbito del Consejo de Europa y otro en el de Naciones Unidas, siguen los lineamientos descriptos en lo que concierne a las cuestiones antes referidas.

20) Que el art. 9.5. del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas* cometidos con bombas consagra que "Las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el art. 2° se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio".

El señor Procurador General de la Nación considera que este dispositivo convencional, al fijar un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes, modifica –dada su incompatibilidad– el art. 9, inc. c del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708) en cuanto exige que la acción penal na-

cida del delito en que se funda el pedido de extradición no esté prescripta para el país requerido.

En este sentido, el primero de los tratados adoptados en la década del 60 en el ámbito internacional fue el Convenio para las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves suscripto en Tokio, aprobado por ley 18.730. Consagra que "...ninguna disposición de este convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición" (art. 16.2.).

Sin embargo, esta cláusula no fue recogida en los demás convenios sobre terrorismo. Análoga cláusula a la del citado art. 9.5. incluyen los convenios que le sirvieron de fuente (art. 9.2. de la Convención Internacional contra la toma de rehenes y art. 11.7. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima). No así los demás convenios multilaterales celebrados en el marco de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo, con excepción del *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* que lo recepta en el art. 11.5.

En consecuencia, una interpretación del citado art. 9.5. a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes de este Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad.

El Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse.

Lo contrario implicaría tanto como decir que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

21) Que el Tribunal no es ajeno a las mayores facilidades que presenta, a los fines de la extradición, regular el recaudo de la prescripción de la acción penal sólo respecto del país requirente, tal como reflejó siempre la ley interna (art. 655, inc. 5 de la ley 2372 y el art. 11, inc. a de la ley 24.767 vigente) y actualmente el *Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay* (aprobado por ley 25.304) en su art. 9.

Sin embargo, otro es el criterio que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c., que no es ajeno a la práctica seguida en este punto por la República Argentina al celebrar tratados de extradición. Así, con el Reino de Bélgica, aprobado por ley 2239 (art. 3.5); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Pakistán, San Vicente, Sudáfrica y Kenya, aprobado por ley 3043 (art. 5); con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 (art. 3.5.); con la Confederación Suiza, aprobado por ley 8348 (art. 3.5); con los Estados Unidos del Brasil, aprobado por ley 17.272 (art. III); con la República italiana, aprobado por ley 23.719 (art. 7.b.); con Australia, aprobado por ley 23.729 (art. 3.e.); con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302 (art. 6.1.c.) y con la República de Corea, aprobado por ley 25.303 (art. 3.c.).

22) Que, por lo demás, tampoco es posible, en el *sub lite*, derivar el criterio interpretativo propuesto por el señor Procurador General de la Nación de la práctica estatal en materia de cooperación penal entre la República Argentina y el Reino de España (art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

En efecto, el pedido de extradición se funda exclusivamente en el tratado bilateral y no incluye ningún tipo de consideración en el sentido que plantea el dictamen. Tampoco invoca y menos aun da razones por las cuales habría que aplicar la *Convención para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas* en el caso. Sólo pone de manifiesto la posibilidad de que los hechos prescriban en el país requirente y, sobre esa base, formula el pedido.

23) Que, en tales condiciones, el Tribunal se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega aun cuando ello conduzca en el caso a denegar la cooperación solicitada.

24) Que, de lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual 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 respecto a sus derechos humanos fundamentales.

Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (conf. sentencia del 14 de octubre de 2004 en la causa R.1046.XXXIX "Rodríguez Pizarro, Mario s/ extradición", considerando 4°).

25) Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

Así lo reflejan las directivas que desde el ámbito del derecho internacional imparten los distintos organismos de contralor de los derechos humanos. En este sentido, el Informe "Terrorismo y Derechos Humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *ut supra* citado (parágrafos 241 a 243 del punto "Cooperación entre los Estados en materia penal") como así también los distintos informes elaborados por la relatora especial designada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la señora Kalliopi K. Koufa (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/1997/28, E/CN.4/Sub.2/1999/27, E/CN.4/Sub.2/ 2001/31, E/CN.4/Sub.2/2002/35, E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1 y E/ CN.4/Sub.2/2004/40). Asimismo, el proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/2004/47).

26) Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancias delitos de lesa humanidad.

En tales condiciones, toda vez que las circunstancias del presente caso no resultan análogas a las que debió considerar el Tribunal en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–", de fecha 24 de agosto de 2004, no es de aplicación al *sub lite* el criterio seguido en esa oportunidad.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese, y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

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

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

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° al 26 del voto de la mayoría.

27) Que en los casos considerados por el Tribunal, especialmente en el caso *Priebke* (Fallos: 318:2148) y en la causa A.533.XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asocia-

ción ilícita y otros –causa N° 259–", resuelta el 24 de agosto de 2004, según el derecho internacional convencional se trata de crímenes contra la humanidad y también éste establece expresamente su imprescriptibilidad, pero también –y esto marca la diferencia sustancial– al menos desde los primeros años de la última posguerra tanto su categoría como su imprescriptibilidad se hallaban consagradas por el derecho internacional consuetudinario, que los tratados posteriores no han hecho más que reafirmar y precisar. La punición e imprescriptibilidad de los crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal y con su cobertura, consistentes en la eliminación de opositores bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada, al igual que los crímenes de guerra, consistentes en la toma y eliminación de rehenes, era *ius cogens* desde mucho antes de su tipificación internacional precisa y cierta en tratados internacionales. Justamente, el derecho internacional penal evolucionó en este aspecto desde las incertidumbres del *ius cogens* a la certeza de la legislación por tratados y convenciones. La *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, en su art. I dispone que esos crímenes "son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido", lo que no implica que su aplicación sea retroactiva, sino que recoge en ley internacional lo que estaba desde antes vigente en el derecho internacional de fuente consuetudinaria, a tal punto que "afirma" la imprescriptibilidad, en lugar de "establecerla".

28) Que no puede decirse lo mismo de los delitos de terrorismo, sin que importe la calificación actual conforme al derecho internacional fundado en los tratados vigentes, pues, al menos respecto de todos los actos hoy calificados como tales conforme al derecho de los tratados, no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos. El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso en el Estatuto de Roma, donde no fue posible lograr una definición, pese a la unánime condena. Tampoco en el sistema regional americano la *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, adoptada en Barbados el 3 de junio de 2002 (ratificada por ley 26.023) logró un consenso sobre su tipificación ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad. Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagratorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los estados hasta el presente.

29) Que no debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario, con el tratamiento de algunos actos usualmente considerados de terrorismo como ajenos al concepto de delito político y, por ende, privados de los privilegios humanitarios que en general se reconocen a esta categoría de delitos y, consiguientemente, sujetos a extradición. Es verdad que ciertos actos de esta naturaleza se han declarado extraditables desde mucho antes, pero por excluirlos de los beneficios del delito considerado político, lo que nada tiene que ver con la calificación de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, con su prescriptibilidad, pues esta exclusión sólo servía para considerarlos delitos comunes y como tales sujetos a extradición. De cualquier manera, el mismo concepto de delito político, no sujeto a extradición y susceptible de asilo por razones humanitarias, tampoco fue nunca muy claro en el derecho internacional, dado que la calificación corresponde al Estado requerido "conforme a su política pública o a sus intereses políticos" (confr. M. Cherif Bassiouni, *International Extradition United States Law and Practice*, Chapter VIII, febrero de 1983, VIII, 106). La diferencia entre delito político y terrorismo se intenta al menos desde la fórmula adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Ginebra de 1892 y su tipificación internacional es una aspiración constante desde esos años (al respecto, Vespasiano V. Pella, *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del porvenir*, Madrid, 1931, págs. 353-354).

El 9 de octubre de 1934, al desembarcar en Marsella el rey Alejandro de Yugoslavia, fue asesinado junto a Barthou, ministro de asuntos exteriores de Francia. Bajo la fuerte impresión de este drama se suscribió en 1937 una convención que fue la primera en prever un tribunal internacional, pero ni siquiera en ese trance se logró ponerla en vigencia. Todo esto demuestra que tampoco en cuanto a la extradibilidad se había logrado imponer un concepto más o menos preciso en el derecho internacional consuetudinario, pese a la general aspiración y a las fracasadas tentativas de concretarlo, incluso por vía de convención.

De cualquier manera, queda claro que es completamente diferente considerarlos delitos comunes (meramente extraditables) a considerarlos delitos de lesa humanidad (no sólo extraditables sino también imprescriptibles).

30) Que, en síntesis, esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención.

Esta cuestión es completamente diferente de la admisión de la mera extradición respecto de estos delitos, por considerarlos excluidos de los beneficios humanitarios que privilegian los llamados delitos políticos y relegados a la condición de delitos comunes.

31) Que tampoco esta Corte admite el criterio de que la prescripción es materia procesal penal y que no rige a su respecto la prohibición de retroactividad de la ley –argumento otrora sostenido en la legislación interna alemana– por no ser compatible con la fórmula del art. 18 constitucional.

32) Que lo anteriormente expuesto en nada empaña el reconocimiento por parte de esta Corte de la formidable gravedad y creciente amenaza del terrorismo en el plano mundial, ni su preocupación y cuidado por el estricto cumplimiento de las obligaciones de cooperación internacional en la materia asumidas por la República, y tampoco abre juicio alguno respecto de las opiniones acerca del cumplimiento de las obligaciones de respeto a las garantías y derechos de las personas por parte del Estado requirente, formuladas en la sentencia apelada, materias todas que por cierto, son ajenas por entero a la cuestión aquí considerada que, como se ha visto, se halla limitada al planteo de la prescripción.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España en razón de considerar extinguida la acción penal, según la legislación de la República Argentina, respecto del hecho por el cual consideró que había sido requerida su entrega, especificó, de manera subsidiaria y para el caso de que lo así resuelto fuera revocado, que el país requirente debería brindar una serie de garantías respecto del trato carcelario al que se vería sometido el requerido en jurisdicción española (fs. 836/875).

El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación ordinaria contra esa decisión (fs. 877) que fue concedido (fs. 878) y mantenido en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación (fs. 892/903).

El apoderado del Reino de España presentó el memorial obrante a fs. 921/947 mediante el cual adhirió a los agravios de la parte recurrente y solicitó la revocación de la resolución apelada.

La defensa de Lariz Iriondo mejoró los fundamentos a fs. 952.

2°) Que de todas las cuestiones que integraron el debate en este procedimiento de extradición, ha de considerarse en primer término la referida a la prescripción de la acción penal según la legislación argentina, toda vez que fue el fundamento de la resolución denegatoria y, por ende, materia central de la apelación fiscal que mantuvo el señor Procurador General de la Nación en esta instancia.

3°) Que el art. 9 del Tratado de Extradición aplicable, aprobado por ley 23.708 consagra que “No se concederá la extradición: ...c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición”.

4°) Que el agravio referido a la prescripción de la acción penal no puede escindirse de otras dos cuestiones que también son materia de

apelación: el alcance de los hechos incluidos en el pedido de extradición y su subsunción legal según las leyes del país requerido.

5°) Que en cuanto al primer punto, el *a quo* consideró que "solamente puede entenderse que el pedido de extradición se refiere a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984 de la forma narrada en el pedido de extradición" (fs. 851) en el que Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA atentaron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa). A resultas del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía –Josefa Pimental Muñoz y Nieves Amigo Recondo– y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron "a punta de pistola" al propietario del vehículo Renault 12 matrícula BI-0742-C –Ramón Alvarez Arias– a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco.

Calificó tales hechos, según la legislación argentina, como infracción al art. 213 bis del Código Penal en concurso real con el delito de tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal) que concurre, a su vez en forma ideal, con el delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal) y estrago agravado (art. 186, inc. 4 del Código Penal) (fs. 852 vta./853).

Sobre esa base y con sustento en lo resuelto por el Tribunal en Fallos: 323:3699 (considerando 5° y sus citas), aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción en el caso de los hechos típicos que concurren en forma real. Así, por un lado, fijó la prescripción de la acción penal nacida del tipo penal del art. 213 bis del Código Penal (asociación ilícita) en ocho años por ser el máximo de pena previsto (art. 62. inc. 2 del Código Penal) para ese tipo de delito. De otra parte, seleccionó entre los hechos típicos que concurren en forma ideal –tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y estrago agravado– el plazo de prescripción de 12 años previsto para la figura del homicidio agravado en grado de tentativa por contemplar la pena mayor (arts. 54 y 62, inc. 2° del Código Penal).

Tomó como fecha de inicio del plazo el 8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito y consideró que a la fecha de interposición

del pedido habían transcurrido 18 años y 1 mes, sin que se hubieran verificado actos interruptivos del curso de la acción penal. Desestimó que tuvieran entidad interruptiva los dos actos procesales extranjeros invocados por el Ministerio Público Fiscal en posición a la que adhirió el representante del país requirente en esta instancia: tanto la orden de procesamiento y prisión del juez español dictada el 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131) como el pedido de extradición formulado por el Reino de España a la República Oriental del Uruguay en 1992.

Para así concluir, el *a quo* tuvo en cuenta que el propio juez del país requirente reconoció, en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002 obrante a fs. 132/135: "en relación a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984, que Jesús María LARIZ IRIONDO no fue procesado en el auto del 18 de marzo de 1985" (fs. 850) y, que "En consecuencia, no puedo tener por probado que el actual pedido es por los mismos hechos que se ha solicitado en 1992 la extradición... al Uruguay" (fs. 873). A lo que agregó que el juez exhortante omitió toda referencia sobre esto último y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850).

6°) Que en ese orden de ideas, el Tribunal considera que asiste razón al señor Procurador General y al Reino de España al agraviarse en esta instancia porque el pedido de extradición obrante a fs. 108/113 es suficientemente claro e incluye, en sustento de la entrega de Lariz Iriondo, la totalidad de los hechos descriptos en los dos autos de procesamiento y prisión acompañados y dictados en su contra por la justicia española.

En el primero de esos autos –de fecha **18 de marzo de 1985** (fs. 123/131)– Jesús María Lariz Iriondo fue procesado y se dictó orden de "prisión incondicional" en su contra por los siguientes hechos:

> 1°) formar parte, junto con Juan Ignacio Iriondo Grate, de un comando de ETA militar denominado "IRAULTZA" que tenía a su disposición un subfusil y cuatro pistolas. Asimismo, a principios de 1984, haber pasado a formar parte del comando "MORKAIKO UNIFICADO", al unificarse aquél con otro denominado "MORKAIKO", a cuya disposición quedaron las armas de ambos comandos (fs. 128).
>
> 2°) En tal carácter, haber colocado artefactos explosivos en las siguientes oportunidades:

a) el 8 de diciembre de 1982, en la Sucursal Banco de Santander de Azcoitía,

b) el 9 de enero de 1983, en el Banco Guipuzcoano de la localidad de Deva,

c) el 11 de junio de 1983, en el Banco Santander de la localidad de Vergara,

d) el 15 de agosto 1983, en el Banco de Vizcaya de Motrico,

e) el 15 de agosto 1983 en el Banco Guipuzcoano de Motrico.

3°) En fecha no determinada haber sustraído, junto a otros miembros del comando ya unificado, el automóvil Renault 12, matrícula SS-7634-B amenazando con sus armas al propietario del mismo al que dejan atado con cuerdas en un descampado y se dirigen a una sala de fiestas llamada GUASS con intención de secuestrar a su propietario, de lo cual desisten al no localizarlo.

4°) El 6 de agosto de 1984, la quema de un automóvil Peugeot de matrícula francesa utilizando cócteles molotov.

5°) El 16 de agosto de 1984, la quema de varios vehículos franceses con cócteles molotov.

6°) El 8 y 9 de octubre de 1984, atentado junto con otros miembros del grupo ya unificado, contra miembros del equipo de renovación del Documento Nacional de Identidad, previa sustracción del vehículo marca Renault 12 matrícula BI-0742-E, cuyo propietario fue amenazado con armas de fuego y abandonado, atado a un árbol en un descampado.

Los hechos así descriptos fueron calificados por el país requirente, con invocación de las normas del Código Penal vigentes en el momento en que se produjeron, como: pertenencia a bandas armadas (art. 174 bis); 2 hechos de detención ilegal (art. 480); 7 hechos de estrago (art. 554); 2 robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264).

En el segundo auto extranjero –de fecha **5 de marzo de 2002** (fs. 132/135)– se decretó el procesamiento y la prisión provisional in-

condicional de Lariz Iriondo por tentativa de asesinato respecto de Josefa Pimentel Muñoz y Nieves Amigo Recondo –ambas auxiliares de la Dirección General de la Policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa)– y José Rubio Charco –quien conducía el vehículo policial que las transportaba– en ocasión del atentado que habría tenido lugar el 9 de octubre de 1984 contra el vehículo en el que circulaban.

La imputación contenida en esta segunda orden fue calificada como "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La orden de procesamiento y prisión del 5 de marzo de 2002 no hizo sino ampliar el marco de imputación dirigido contra Lariz Iriondo respecto del hecho cometido entre el 8 y 9 de octubre de 1984, al incorporar a la imputación originaria "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La circunstancia de que, como el propio juez *a quo* reconoce, uno de los hechos incluidos en la primer orden –el acaecido entre el 8 y 9 de octubre de 1984– fue "relatado de una forma más amplia en el pedido de extradición y en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002" (fs. 848) en modo alguno pudo generar las apreciaciones obrantes a fs. 849 vta. *in fine* en el sentido de que hubo una "variación del hecho y la importancia de la participación del requerido en el mismo" que el país requirente "intentó que pase inadvertida".

En cuanto a las apreciaciones del juez apelado obrantes a fs. 848 vta./849, cabe señalar que las circunstancias allí señaladas no resultan óbices para la procedencia de la entrega ya que es antigua doctrina del Tribunal que este tipo de procedimiento no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, pues 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: 311:1925 citado en Fallos: 324: 1557).

7°) Que esclarecido así el alcance del pedido de extradición, cabe examinar la subsunción legal de la totalidad de los hechos descriptos a los fines de examinar, en una instancia ulterior, el extremo de la prescripción penal de la acción, según la legislación argentina.

Sobre el particular, la parte recurrente, en posición a la que adhirió el representante del Reino de España (punto II.2. de su memorial), considera que el encuadre legal de los hechos en cuestión en las normas del Código Penal es inadecuado por cuanto no refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega, al no contemplar sus características trascendentales y desconocer la magnitud de los ilícitos perpetrados (fs. 894).

Propone en su reemplazo la de "actos de terrorismo" en el marco del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* en la medida que la descripción que contiene el art. 2 de ese convenio multilateral, del cual el Reino de España es también parte al haberlo suscripto el 1° de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999, describiría con claridad la materia de prohibición por la cual se solicita la extradición de Lariz Iriondo (fs. 896/899).

El *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* fue adoptado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 164, en el 52a. Período de Sesiones de la Asamblea General, el 15 de diciembre de 1997 y entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001. Fue suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley nacional 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003. Entró en vigor para nuestro país 30 días después (art. 22.2.).

En su art. 2 consagra que:

> "1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1.

3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c) Contribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

8°) Que, según surge de las constancias de autos (fs. 840/840 vta.), el representante del Ministerio Público Fiscal en primera instancia nunca hizo referencia a este marco normativo. Por el contrario, propuso el adoptado por el juez de primera instancia. El Reino de España no era parte en el trámite en ese momento. El requerido se agravia porque estima que la cuestión no fue invocada en las instancias anteriores.

9°) Que, sin embargo, el Tribunal se considera habilitado para considerar el punto teniendo en cuenta la amplitud de esta vía ordinaria para tratar esta cuestión de derecho y las posibilidades que tuvo el requerido –como de hecho lo hizo– de hacer valer su defensa sobre el punto en el memorial de fs. 952.

10) Que cabe señalar, en primer lugar, que el Código Penal argentino incluyó, con la sanción de la ley 23.077 el 9 de agosto de 1984 –con carácter previo a algunos de los hechos en que se funda el pedido–, un espectro normativo que contempla alternativas típicas no consideradas en las instancias anteriores y que podrían tener pertinencia a los fines de subsumir los hechos en que se funda el pedido de extradición en la legislación argentina. Ello en la medida en que suplirían sino todas, al menos, algunas de las insuficiencias que señala el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede.

11) Que, sin embargo, sea cual fuera la alternativa típica que el Tribunal adopte y aun las soslayadas en la instancia anterior, y si, incluso, entre ellas, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permitía superar el límite de 12 años –o en su caso de 15– que el art. 62 del Código Penal fija como

tope máximo de prescripción de la acción penal para tipos penales que, como en el *sub lite*, tiene previstas penas de reclusión o prisión temporales.

Ello, aun utilizando las calificaciones agravadas contempladas para las figuras penales básicas que a continuación se individualizan, e incluso sujetas al aumento de pena contemplado en el art. 227 ter del Código Penal, si se considerara que acciones como las imputadas contribuyen, en el contexto en que se llevaron a cabo, a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

12) Que, en efecto, el hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación –calificada como ilícita– E.T.A. se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984.

En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago de fecha 8 de diciembre de 1982, 9 de enero de 1983, 11 de junio de 1983, 15 de agosto de 1983 –en dos oportunidades–, 6 de agosto de 1984 y 16 de agosto de 1984. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado –uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982–. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez *a quo* calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal).

13) Que, por aplicación de la teoría del paralelismo (Fallos: 323:3699), transcurrieron más de 12 años –o incluso más de 15– desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A.

14) Que, para agotar el análisis de las soluciones que podría ofrecer el derecho interno, cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 reguló, en el art. 36 (Imperio de la Constitución. Sanciones. Ley de ética pública), algunos de los denominados delitos “contra los poderes públicos y el orden constitucional” previstos por el Código Penal en el título X. Fijó como bien jurídico protegido “el orden institucional y el sistema democrático” (conf. Primera Parte, Capítulo Segundo: “Nuevos Derechos y Garantías”).

La incidencia que la cuestión podría tener en el *sub lite* está dada porque uno de sus parágrafos consagra que “Las acciones respectivas [civil y penal] serán imprescriptibles”. Sin embargo, no es claro que esa cláusula contemplara supuestos como el de autos y, menos aún, si es factible su aplicación retroactiva (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo IV, pág. 4061 y ss., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley Ed., 1995).

Por último, no ha superado aún la instancia del Congreso Nacional el proyecto de ley presentado por la senadora Sonia Escudero y el diputado Jorge Argüello en el mes de marzo de este año que tiene como propósito regular en forma “integral e integrada” la materia del terrorismo contemplando la situación derivada de los distintos tratados que obligan a la República Argentina en el plano internacional. Y si bien consagra, en su art. 4, la “imprescriptibilidad” de las acciones y las penas nacidas de los delitos allí previstos, tampoco contempla su aplicación retroactiva.

15) Que, por lo expuesto, cabe concluir –en una primera aproximación a la problemática planteada en autos– en que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo estaría prescripta a la luz de la legislación argentina.

Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar cuáles son los actos interruptivos de la acción penal y se mantuviera, en materia de extradición, el criterio del Tribunal de Fallos: 323:3699 (“Fabbrocino”).

Tampoco, de acogerse el agravio fiscal y del país requirente y asignarle –como correspondería según quedó expuesto en el considerando 6°– efecto interruptivo, a la orden de procesamiento y prisión de fecha 18 de marzo de 1985, respecto de los delitos de asociación ilícita y estrago cometido el 9 de octubre de 1984 (fs. 123/131).

En efecto, incluso desde la fecha de esa orden de procesamiento y prisión transcurrieron más de 12 años o, en la hipótesis más gravosa, 15 años hasta que se registra el pedido de extradición que data de finales de 2002. Igual conclusión cabe adoptar respecto del delito de tentativa de homicidio, por estar ya prescripta la acción penal nacida del mismo, para el ordenamiento jurídico argentino, al dictarse la orden de detención del 5 de marzo de 2002 (fs. 132/137).

16) Que tanto el Ministerio Público Fiscal como el país requirente pretenden asignarle efecto interruptivo al pedido de extradición que el Reino de España le habría formulado en el año 1992 a la República Oriental del Uruguay respecto de Lariz Iriondo por los mismos hechos que dan sustento a este trámite.

Sin embargo el juez desestimó esa postura invocando que el magistrado omitió toda referencia sobre el particular y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850 y 857 vta./859).

No hay elementos que controviertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal.

17) Que el señor Procurador General de la Nación propone superar el óbice que en el *sub lite* representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*.

Argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c.

Para así concluir, invoca el parágrafo 9 del Preámbulo de ese convenio multilateral que reza “Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores”.

Asimismo, el art. 6.4., en concordancia con el art. 8.1., en cuanto consagra el principio *aut dedere aut judicare*. Por último, el art. 9.5. en cuanto fijaría un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes.

En ese contexto, considera que "...un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio" (fs. 898/898 vta.).

18) Que tal conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta con el objeto y fin del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* ya que desatiende el contexto en el que están insertas las citadas cláusulas convencionales sin correlacionar, además, ese instrumento internacional con los demás tratados vigentes sobre la materia que conforman un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo que debe aplicarse de manera integral a fin de acordar plena eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo.

En efecto, el objeto y fin del Convenio en cuestión fue ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como "actos de terrorismo" y, por ende, delictuales. Su Preámbulo consagra el propósito de "intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores" atento que "...las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente debidamente a esos atentados" al no contemplar "los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos" (parágrafos 7 a 9).

El texto aprobado mantuvo la redacción del proyecto original y, en lo que aquí concierne, preservó dentro del ámbito de las regulaciones nacionales tanto la obligación de "...tipificar, con arreglo a su legislación interna..." los actos definidos en el art. 2 como delictuales y "sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave" (art. 4) como la de regular las condiciones que rigen la cooperación penal –incluida la extradición– respecto de tales delitos a los que consideró sujetos a extradición.

El art. 9 consagra este último, al considerar "delitos extraditables" los consagrados en el Convenio (art. 2) y fijar distintas consecuencias jurídicas a resultas de ello, según si los Estados que han de prestarse cooperación jurídica están unidos o no convencionalmente.

Para aquellos Estados Partes que –como sucede entre la República Argentina y el Reino de España– están unidos por tratados de extradición anteriores a la entrada en vigencia de este convenio multilateral, fija la obligación de considerar como "extraditables" los delitos alcanzados por el ámbito de aplicación material del Convenio (art. 9.1.).

Asimismo, contempla la obligación de fijar su jurisdicción en los supuestos que regula en el art. 6° y la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* "...en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho estado no conceda la extradición..." (parágrafo 4°). En este supuesto, estará obligado a "...someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado" (art. 8.1).

Por último, el Convenio no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales.

19) Que semejante regulación se condice con la de los tratados que le sirvieron de fuente. En este sentido, ver los arts. 2, 8 y 10.1 de la *Convención Internacional contra la toma de rehenes* –Naciones Unidas, 1979– aprobada por ley nacional 23.956 (1991) y en vigor desde el 3 de junio de 1983. Asimismo, los arts. 5, 10 y 11.1. del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* –Roma, 1988– suscripto por la República Argentina el 10 de marzo de 1988 y aprobado por ley 24.209.

Los demás instrumentos internacionales que también integran el acervo jurídico internacional existentes en la lucha contra el terrorismo regulan otras modalidades de actos terroristas y reproducen, a esos fines, cláusulas sustancialmente análogas a las antes reseñadas (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional sometiendo a su consideración el proyecto de ley tendiente a aprobar el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, "Diario de Sesiones Ordinarias 2002 de la Cámara de

Diputados de la Nación", 9 de septiembre de 2002, Orden del Día 938, pág. 7).

Así, el *Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves* –La Haya, 1970– aprobado por decreto-ley 19.793 (arts. 2, 7 y 8.1.); el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* –Montreal, 1971– aprobado por ley nacional 20.411 y su *Protocolo Adicional para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional* –Montreal, 1988– aprobado por ley 23.915 (arts. 3, 7 y 8.1.); la *Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* –Naciones Unidas, 1973– aprobado por ley 22.509 (arts. 2, 7 y 8.1.); el *Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares* –Viena, 1980– aprobado por ley 23.620 (arts. 7, 10 y 11.1.) y el *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental* –Roma, 1988– aprobado por ley 25.771 (art. 1).

En igual sentido, el *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* –Naciones Unidas, 1999– suscripto por la República Argentina el 28 de marzo de 2001 y recientemente aprobado por ley 26.024 (arts. 4, 10 y 11.1).

Por último, los dos proyectos de Convención para la lucha contra el terrorismo que se debaten actualmente, uno en el ámbito del Consejo de Europa y otro en el de Naciones Unidas, siguen los lineamientos descriptos en lo que concierne a las cuestiones antes referidas.

20) Que el art. 9.5. del *Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas* cometidos con bombas consagra que "Las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el art. 2° se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio".

El señor Procurador General de la Nación considera que este dispositivo convencional, al fijar un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes, modifica –dada su incompatibilidad– el art. 9, inc. c del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708) en cuanto exige que la acción penal na-

cida del delito en que se funda el pedido de extradición no esté prescripta para el país requerido.

En este sentido, el primero de los tratados adoptados en la década del 60 en el ámbito internacional fue el Convenio para las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves suscripto en Tokio, aprobado por ley 18.730. Consagra que "...ninguna disposición de este convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición" (art. 16.2.).

Sin embargo, esta cláusula no fue recogida en los demás convenios sobre terrorismo. Análoga cláusula a la del citado art. 9.5. incluyen los convenios que le sirvieron de fuente (art. 9.2. de la Convención Internacional contra la toma de rehenes y art. 11.7. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima). No así los demás convenios multilaterales celebrados en el marco de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo, con excepción del *Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* que lo recepta en el art. 11.5.

En consecuencia, una interpretación del citado art. 9.5. a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes de este Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad.

El Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse.

Lo contrario implicaría tanto como decir que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

21) Que el Tribunal no es ajeno a las mayores facilidades que presenta, a los fines de la extradición, regular el recaudo de la prescripción de la acción penal sólo respecto del país requirente, tal como reflejó siempre la ley interna (art. 655, inc. 5 de la ley 2372 y el art. 11, inc. a de la ley 24.767 vigente) y actualmente el *Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay* (aprobado por ley 25.304) en su art. 9.

Sin embargo, otro es el criterio que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c., que no es ajeno a la práctica seguida en este punto por la República Argentina al celebrar tratados de extradición. Así, con el Reino de Bélgica, aprobado por ley 2239 (art. 3.5); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Pakistán, San Vicente, Sudáfrica y Kenya, aprobado por ley 3043 (art. 5); con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 (art. 3.5.); con la Confederación Suiza, aprobado por ley 8348 (art. 3.5); con los Estados Unidos del Brasil, aprobado por ley 17.272 (art. III); con la República italiana, aprobado por ley 23.719 (art. 7.b.); con Australia, aprobado por ley 23.729 (art. 3.e.); con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302 (art. 6.1.c.) y con la República de Corea, aprobado por ley 25.303 (art. 3.c.).

La doctrina especializada planteaba ya en el siglo XIX, al analizar el tema de la extradición en general, las razones que avalan uno u otro criterio (conf. Billot, A. “Traité de l’extradition suivi d’un recueil de documents étrangers et des conventions d’ extradition”, Ed. E. Plont et Cie., pág. 217/227, Paris, 1874).

22) Que el respeto por las distintas modalidades escogidas por la República Argentina al regular, en su relación con los demás estados, el tema de la prescripción de la acción penal como óbice a la extradición, involucra cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales y cuyo análisis escapa a un juicio de valor por parte de este Tribunal.

Por lo demás, tampoco es posible, en el *sub lite*, derivar el criterio interpretativo propuesto por el señor Procurador General de la Nación de la práctica estatal en materia de cooperación penal entre la República Argentina y el Reino de España (art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

En efecto, el pedido de extradición se funda exclusivamente en el tratado bilateral y no incluye ningún tipo de consideración en el sentido que plantea el dictamen. Tampoco invoca y menos aun da razones por las cuales habría que aplicar la *Convención para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas* en el caso. Sólo pone de manifiesto la posibilidad de que los hechos prescriban en el país requirente y, sobre esa base, formula el pedido.

23) Que el Tribunal no deja de advertir, a esta altura, que la cooperación penal en el ámbito de la región europea surgió a partir de un contexto normativo que incluía una cláusula semejante a la del art. 9.c. del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (art. 10 del Convenio de Extradición del 13 de septiembre de 1957).

Sin embargo, en la actualidad, el extremo de la prescripción de la acción penal para el país requerido ha dejado de ser, en ese ámbito, un óbice para la procedencia de un pedido de extradición, a menos que el país requerido se considere también con jurisdicción penal internacional para conocer del hecho (conf. art. 8.1. del Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre los estados miembros de la Unión Europea, suscripto en Dublín el 26 de septiembre de 1996 y el art. 4.4. de la decisión marco adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002 que regula la orden de arresto y entrega entre los países miembros de esa organización aplicable, entre otros, a los delitos de terrorismo según el art. 2.2.).

Esa mayor flexibilidad no es sino producto del desarrollo progresivo de las relaciones entre los estados sobre el punto y su consecuente reflejo en las reglas jurídicas que rigen sus relaciones en el ámbito de la cooperación penal.

24) Que, en tales condiciones, toda vez que los estados partes en este trámite de extradición mantuvieron los términos de sus relaciones en materia de extradición –en general– en el marco del acuerdo bilateral que los une, pese a suscribir con anterioridad y luego de esa negociación la serie de tratados que integran el acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo, el Tribunal se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega, aun cuando ello conduzca, en el caso, a denegar la cooperación solicitada.

25) Que, de lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual 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.

Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (conf. sentencia del 14 de octubre de 2004 en la causa R.1046.XXXIX "Rodríguez Pizarro, Mario s/ extradición", considerando 4°).

26) Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

Así lo reflejan las directivas que desde el ámbito del derecho internacional imparten los distintos organismos de contralor de los derechos humanos. En este sentido, el Informe "Terrorismo y Derechos Humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *ut supra* citado (parágrafos 241 a 243 del punto "Cooperación entre los Estados en materia penal") como así también los distintos informes elaborados por la relatora especial designada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la señora Kalliopi K. Koufa (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/1997/28, E/CN.4/Sub.2/1999/27, E/CN.4/Sub.2/ 2001/31, E/CN.4/Sub.2/2002/35, E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1 y E/ CN.4/Sub.2/ 2004/40). Asimismo, el proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/2004/47).

27) Que, por último, aun cuando pudiera considerarse a los actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, fuera de que no existe tratado internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de aquéllos y vincule a la República Argentina, tampoco sería posible llegar a un resultado similar por aplicación de un derecho de gentes consuetudinario en virtud de las razones expuestas en la disidencia del juez Belluscio en la causa A.533.XXXVII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–", del 24 de agosto de 2004.

Por ello todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese y devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 26 del voto del juez Belluscio.

27) Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe –al menos por el momento– un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad. Tampoco que de ello –o de algún otro extremo– deba necesariamente derivarse su imprescriptibilidad.

Ello sin perjuicio de la evolución futura que pudiera experimentar el derecho internacional con motivo de las nuevas manifestaciones de violencia terrorista (conf. Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre "Terrorismo y Derechos Humanos" del 22 de octubre de 2002, "Introducción", parágrafo 14 publicado en OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr.).

Como recuerda Jiménez de Asúa, el terrorismo se había perfilado como delito internacional antes de la Segunda Guerra Mundial, al punto de formularse el proyecto de Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo abierta a la firma en Ginebra el 16 de noviembre de 1937 bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. Sin embargo, este instrumento convencional nunca entró en vigor y el tema recién volvió a retomarse, ya en el seno de las Naciones Unidas, en la década del 70.

A partir de esa época, las dificultades para lograr una definición del terrorismo tornaron infructuosas las iniciativas que, tanto en el ámbito universal como en los regionales, surgieron para calificar al terrorismo como "delito contra la humanidad".

Al extremo que las negociaciones del Estatuto de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional, si bien lograron un consenso para afirmar que los "actos de terrorismo" constituyen "graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional", no pudieron llegar a un acuerdo sobre una definición y, por ende, quedó diferido para una etapa de revisión el examen del punto con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte (conf. Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, 17 de julio de 1998, punto 26 y Anexo, Resolución "E" relativa a los "Crímenes previstos en tratados", Documentos Oficiales de Naciones Unidas, A/CONF.183/ 10).

En el sistema regional americano, está vigente la Convención contra el Terrorismo suscripta el 6 de marzo de 2002 en Barbados y que la República Argentina aprobó por ley 26.023. A propuesta de Ecuador, se incluyó un apartado 3 al art. 2 del Proyecto "Ambito de Aplicación" según el cual "Para los fines de esta Convención los actos terroristas destinados a causar los efectos mencionados en este artículo constituyen crímenes de lesa humanidad [y son imprescriptibles]" (OEA/Ser.G CP/CAJP-1848/01 del 14 de diciembre de 2001).

Sin embargo, la propuesta no figura como discutida en las restantes sesiones (conf. Informe del presidente sobre la Segunda reunión de negociación celebrada los días 22 al 25 de enero de 2002 –OEA/Ser.G CP/CAPJ-1866/02 del 1° de febrero de 2002– e Informe del mismo sobre la Tercera Reunión de Negociación celebrada los días 18 al 21 de marzo de 2002 –OEA/Ser.G CP/CAPJ-1910/02 del 12 de abril de 2002–).

Tampoco, en el proyecto final (OEA/Ser.G CP/CAPJ-1891/02 rev. 1 corr. 1 del 8 de mayo de 2002) ni incluida en el texto aprobado.

Al firmar, el 3 de junio de 2002, el Gobierno de Ecuador incluyó la siguiente Declaración "1. Deplora que los Estados Miembros no hayan podido llegar a un consenso sobre la tipificación del terrorismo y su calificación como crimen internacional de lesa humanidad".

28) Que establecido lo anterior, resulta innecesario cualquier pronunciamiento acerca de la **aplicación** del principio de imprescriptibilidad, en tanto no existe el presupuesto lógico necesario que permita, por un lado, establecer la correspondencia entre "actos de terrorismo" y "delitos de lesa humanidad" –tal como plantea la parte–, y por otro, que aquel principio se encuentre consagrado autónomamente. Por lo demás, no hay fundamentos históricos ni actuales que autoricen a concluir que el delito de terrorismo se encuentra alcanzado por la "Convención sobre Imprescriptibilidad".

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Laríz Iriondo al Reino de España. Notifíquese, y devuélvase al tribunal de origen a sus efectos.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

I. El caso

1°) Que el señor juez nacional en lo criminal y correccional federal denegó la extradición de Jesús María Lariz Iriondo solicitada por el Reino de España. El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación.

2°) Que en la sentencia recurrida se consideró que la acción por la que se requería a Lariz Iriondo se encontraba prescripta para la ley argentina, cir-

cunstancia que impedía la extradición, conforme con lo prescripto por el art. 9° inc. c del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal con el Reino de España. Para determinar el plazo prescriptivo el juez sostuvo que el hecho por el que se requería la extradición consistía en la comisión del delito de atentado contra el orden constitucional (art. 213 bis del Código Penal) en concurso real con el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, este último en concurso ideal con los delitos de lesiones graves y estrago agravado. A partir de esta calificación y con fundamento en la doctrina de Fallos: 323:3699 efectúo los cómputos pertinentes para concluir que el plazo de prescripción había transcurrido en virtud de no verificarse actos de carácter interruptivo anteriores al pedido de arresto preventivo que originó este proceso.

3°) Que según surge del pedido de extradición se le imputa a Lariz Iriondo, en concurso con otros miembros activos de la organización terrorista ETA, la decisión de acabar con la vida de varios funcionarios de policía que circulaban en dos vehículos, mediante el uso de un artefacto explosivo que colocaron en uno de los márgenes de una autopista. Para perpetrar ese hecho, secuestraron al propietario de un automóvil y le sustrajeron el vehículo. Activaron el artefacto anticipadamente, lo que produjo heridas de gravedad a dos auxiliares de la Dirección General de Policía y a un funcionario público. Además se reprocha al requerido que, también como miembro de la organización ETA, colocó e hizo explotar bombas en cinco sucursales bancarias, sustrajo un automotor e incurrió en tentativa de secuestro y en la quema de vehículos de matrícula francesa utilizando cócteles molotov.

Los hechos precedentemente descriptos fueron calificados por el país requirente, de conformidad con el Código Penal que regía al momento en que se produjeron, como pertenencia a bandas armadas

(art. 174 bis); dos hechos de detención ilegal (art. 480); siete hechos de estrago (art. 554); dos robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264).

II. Calificaciones

4°) Que el modo en que el magistrado español encuadra los hechos que fundan el requerimiento en sus normas internas no puede ser debatido en este proceso (Fallos: 284:459; 305:725; 315:575, entre otros). Distinto es el caso de la calificación en el ordenamiento punitivo argentino. El principio de doble incriminación no exige identidad normativa entre los tipos penales en la que los estados contratantes subsumieron los hechos que motivaron el pedido, sino que lo relevante es que las normas penales del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (Fallos: 284:459; 306:67; 315:575; 319:277, 531; 320:1775; 323:3055).

III. Terrorismo y delitos *iuris gentium*

5°) Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador General en cuanto califica a los hechos por los cuales es requerido Lariz Iriondo como acto de terrorismo que integra el género de los delitos *iuris gentium* (Fallos: 319:510 –*Liendo Arriaga*–, disidencia del juez Boggiano; 321:1928 –*Cauchi*–, disidencia de los jueces Boggiano y López), entre los que también cabe incluir el formar parte de una organización destinada a cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común (causa A.533.XXXVIII "*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–*", voto del juez Boggiano, pronunciamiento del 24 de agosto de 2004).

6°) Que, precisamente el hecho por el que se requiere la extradición de Lariz Iriondo encuadra dentro del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997, suscripto

por la República Argentina el 22 de septiembre de 1998, aprobado por ley 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003 y suscripto por el Reino de España el 1° de mayo de 1998, aprobado el 22 de abril de 1999 y ratificado el 30 de abril de 1999.

7°) Que el art. 2 de dicho instrumento internacional establece que "1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a. Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b. Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1. 3. También comete delito quien: a. Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b. Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c. Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate".

8°) Que los hechos por los que se requiere la extradición encuadran en la definición precedente, toda vez que se le imputa al requerido pertenecer a la organización E.T.A. y, en ese carácter, se le atribuye la colocación de siete explosivos, dos hechos de robo de vehículos, el secuestro de dos personas, el depósito de armas y explosivos y la colocación de un explosivo plástico en el lugar por donde habría

de transitar un automóvil de Cuerpo Nacional de Policía que, por detonar antes de lo previsto, hizo fracasar el resultado homicida del acto, pero provocó heridas de gravedad a los tripulantes del automóvil (conf. dictamen del señor Procurador General, fs. 896 vta.)

IV. El terrorismo como delito de lesa humanidad

9°) Que el terrorismo es una de las formas más brutales de violencia que actualmente perturba a la comunidad internacional, pues siembra odio, muerte, deseo de venganza y de represalia. De estrategia subversiva, típica sólo de algunas organizaciones extremistas, dirigida a la destrucción de las cosas y al asesinato de las personas, el terrorismo se ha transformado en una red oscura de complicidades políticas, que utiliza también sofisticados medios técnicos, se vale frecuentemente de ingentes cantidades de recursos financieros y elabora estrategias a gran escala, atacando personas totalmente inocentes, víctimas casuales de las acciones terroristas. Los objetivos de los ataques terroristas son, en general, los lugares de la vida cotidiana y no objetivos militares en el contexto de una guerra declarada. El terrorismo actúa y golpea a ciegas, fuera de las reglas con las que los hombres han tratado de regular sus conflictos, por ejemplo mediante el derecho internacional humanitario: en muchos casos se admite como nuevo sistema de guerra el uso de los métodos del terrorismo. No se deben desatender las causas que originara esta inaceptable forma de reinvindicación. La lucha contra el terrorismo presupone el deber moral de contribuir a crear las condiciones para que no nazca ni se desarrolle.

10) Que el terrorismo se debe condenar de la manera más absoluta. Manifiesta un desprecio total de la vida humana, y ninguna motivación puede justificarlo. En cuanto el hombre es siempre fin y nunca medio. Los actos del terrorismo hieren profundamente la dignidad humana y constituyen una ofensa a la humanidad entera: existe por tanto, un derecho a defenderse del terrorismo. Este derecho

no puede, sin embargo, ejercerse sin reglas morales y jurídicas, porque la lucha contra los terroristas debe conducirse respetando los derechos del hombre y los principios de un estado de derecho. La identificación de los culpables debe estar debidamente probada, ya que la responsabilidad penal es siempre personal y, por tanto, no se puede extender a las religiones, las naciones o las razas a las que pertenecen los terroristas. La colaboración internacional contra la actividad terrorista no puede reducirse sólo a operaciones represivas y punitivas. Es esencial que, incluso el recurso necesario a la fuerza vaya acompañado por un análisis lúcido y decidido de los motivos subyacentes a los ataques terroristas. Es necesario también un compromiso decisivo en el plano político y pedagógico para resolver, con valentía y determinación, los problemas que en algunas dramáticas situaciones pueden alimentar el terrorismo: el reclutamiento de los terroristas resulta más fácil en los contextos sociales donde los derechos son conculcados y las injusticias se toleran durante demasiado tiempo.

11) Que en la mencionada causa "*Arancibia Clavel*" esta Corte juzgó que el terrorismo, como delito contra el derecho de gentes, se comete mediante una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Es por ello que su persecución no interesa exclusivamente al Estado direc-

tamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, cuanto por la coordinación de sus derechos internos encaminada a la mayor eficacia de aquella lucha (ver, entre otros, García Mora, Manuel, *Crimes Against Humanity and the Principle of Non extradition of Political Offenders*, Michigan Law Review, Vol. 62, Abril 1964, N° 6; Jacques Borricand, *L'extradition des terroristes*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, julio-septiembre de 1980, N° 3; Miguel Angel Berçaitz, *La Guerra Sucia, La obediencia debida*, Buenos Aires, 1985; Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la Humanidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986; Cassese, Antonio, *International Criminal Law in International Law*, Edited by Malcom D. Evans, Oxford University Press, New York, 2003; Fallos: 319:510 *Liendo Arriaga*, disidencia del juez Boggiano y 321:1928 *Cauchi*, disidencia de los jueces Boggiano y López.

V. Terrorismo y barbarie

12) Que el criterio adoptado en esa causa no es ajeno al espíritu más tradicional de la jurisprudencia de esta Corte en cuanto excluye de la impunidad a acciones de barbarie o vandalismo. Así, en el caso de la excarcelación de Ricardo López Jordán (Fallos: 21:121) se la denegó por la circunstancia de haber autorizado durante la rebelión gran número de homicidios. El Tribunal agregó que se había adoptado tal criterio aun cuando fuera posible que el acusado lograra desvanecer los cargos, lo cual era deseable "por su propio bien y por el honor del país y de la humanidad". Iguales consideraciones aparecen en Fallos: 54:432, considerando 3°.

La misma doctrina fue aplicada para condenar a los responsables de la masacre de la Estación Pirovano (Fallos: 115:312), ocurrida cuando un grupo de suboficiales y soldados participantes de la

rebelión de 1905 se amotinaron contra los dirigentes locales de la insurrección y los asesinaron. En el caso, la Cámara Federal de La Plata, cuya sentencia fue confirmada por esta Corte, expresó: "los homicidios llevados a cabo... no son formas o manifestaciones necesarias, tendientes a preparar o llevar a cabo el acto de rebelión o necesarios para la consecución y feliz éxito de la contrarebelión, que los procesados afirman haber tenido la intención de efectuar... Son actos de barbarie inútil". Esta línea de jurisprudencia fue seguida en Fallos: 254:315 y 286:59, en oportunidad de examinar el alcance que debía otorgársele a los efectos exculpatorios de las leyes de amnistía 14.436 y 20.508 respectivamente.

Finalmente, en el caso de la extradición del médico alemán Gerhard Bohne (Fallos: 265:219), acusado de ser jefe de una organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica, mediante el uso de cámaras de gas, se expresó que "ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición, cuando se trata de hechos delictuosos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados, dada su específica crueldad e inmoralidad; esto, sin perjuicio de señalar que tal alegación... ninguna relación ostensible guarda con las infracciones políticas o militares". Es oportuno destacar que la acusación no versaba sobre la comisión directa de los hechos sino sobre la participación en una organización destinada a llevar a cabo las apuntadas atrocidades (conf. Fallos: 319: 510, disidencia del juez Boggiano y 321:1928, disidencia de los jueces Boggiano y López).

VI. Terrorismo e imprescriptibilidad

13) Que, en ese contexto, el dictamen del señor Procurador General alcanza su sentido más inteligible si se integra el principio de gravedad de los delitos *iuris gentium* con el principio de imprescriptibilidad de la persecución penal. El Convenio in-

ternacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas no contiene disposiciones sobre la materia.

El Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal suscripto con el Reino de España dispone en el art. 9° inc. c, que no se concederá la extradición: "cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición". Ello significa que basta que la pena no se hubiere extinguido de acuerdo a la ley del país requerido para que se conceda la extradición (conf. doctrina de Fallos: 321:1409).

En tales condiciones, resulta aplicable la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad, que tiene jerarquía constitucional, en cuanto hace expresa, a los que define como "b... los cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz", según la definición dada en el Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nürenberg, del 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1945. El art. 6 (c) de la Carta o Estatuto del Tribunal Internacional antes citado, al definir los crímenes de lesa humanidad incluye a "otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra". Esta definición, pese a su amplitud, resulta sumamente precisa en cuanto permite incluir dentro de ella a un delito *iuris gentium*, como el terrorismo.

14) Que la República Argentina, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos (causa *Monges*, Fallos: 319:3148).

Tal "referencia" significa en primer lugar que se remite a un tratado vigente internacionalmente y del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo con un tratado vigente, tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes para la Argentina como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75 inc. 22 dispone una *referencia* y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista.

15) Que en el citado precedente *Monges* esta Corte estableció que: "...el artículo 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados... establece en su última parte que aquéllos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual, han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" (considerando 20). "Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron do-

tados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir" (considerando 21). "Que de tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución... aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (considerando 22).

16) Que esta doctrina –reafirmada en la causa *Petric*, Fallos: 321:885, entre muchas otras–, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos, como el que se halla en juego en la especie, que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

VII. Cooperación internacional contra el terrorismo

17) Que, por otra parte, el derecho internacional consuetudinario y convencional se ha hecho eco de la necesidad de cooperación internacional para la represión del terrorismo, así como de cualquier ataque indiscriminado a la población civil indefensa. Cabe destacar en este sentido los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre el Genocidio de 1948; el Convenio relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, del 21 de octubre de 1950 y el Protocolo Adicional Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, del 7 de diciembre de 1978; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1970; la

Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluyendo Agentes Diplomáticos, aprobado por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; el Acuerdo suscripto con el gobierno de la República de Italia sobre la Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y la Criminalidad Organizada (ley 24.530); la Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1979; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1994 y que aún no está vigente; el Convenio sobre los delitos y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; la Convención sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmada en La Haya el 16 de diciembre de 1970; la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, concertada en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y el Protocolo Adicional firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; la Convención sobre la protección física del material nuclear, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980; la Convención para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, hecha en Roma el 10 de marzo de 1988; la Convención sobre el mercado de explosivos de plástico para fines de detección, hecha en Montreal el 1° de marzo de 1991; el Acuerdo de Cooperación suscripto con el Gobierno de la República de Turquía para Combatir el Contrabando Internacional de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Terrorismo Internacional y la Criminalidad Organizada (ley 24.809); el Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Combate contra el Tráfico Ilícito y Abuso de Narcóticos y Substancias Psicotrópicas,

Terrorismo Internacional y Otros Crímenes Graves, suscripto con el Gobierno del Estado de Israel (ley 25.597); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, abierto a la firma en Nueva York – Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1998 (ley 25.762); el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, firmada el 9 de diciembre de 1999, de Naciones Unidas.

18) Que, en el ámbito regional, se ha celebrado la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, en Washington, D.C., el 2 de febrero de 1971; la Convención europea para la represión del terrorismo, concertada en Estrasburgo el 27 de enero de 1977; el Acuerdo de Dublín relativo a la aplicación de la Convención europea sobre la represión del terrorismo en los Estados miembros (Unión Europea), firmado en Dublín el 4 de diciembre de 1979; la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, firmada en Katmandú, el 4 de noviembre de 1987; la Convención árabe sobre la represión del terrorismo, firmada en una reunión celebrada en la Secretaría General de la Liga de Estados Arabes, suscripta en El Cairo, del 22 al 24 de abril de 1998; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la prevención y lucha contra el terrorismo firmada en Argel en julio de 1999; Tratado de Cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados independientes para combatir el terrorismo suscripta el 4 de julio de 1999 y la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown –Barbados– el 3 de junio de 2002.

19) Que son de apreciar otros instrumentos relevantes para eliminar el terrorismo internacional, tales como la Declaración sobre medidas para eli-

minar el terrorismo internacional anexa a la resolución 49/60 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, y la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional anexa a la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996.

También existe un considerable cuerpo de resoluciones sobre el terrorismo adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 3034 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972; 31/102 de 15 de diciembre de 1976; 32/147 de diciembre de 1977; 34/145 de 17 de diciembre de 1979; 36/109 de 10 de diciembre de 1981; 38/130 de 19 de diciembre de 1983; 39/159 de 17 de diciembre de 1984; 40/61 de 9 de diciembre de 1985; 42/159 de 7 de diciembre de 1987; 44/29 de 4 de diciembre de 1989; 46/51 de 9 de diciembre de 1991; 48/122 de 20 de diciembre de 1993; 49/60 de 9 de diciembre de 1994; 49/185 de 23 de diciembre de 1994; 50/53 de 11 de diciembre de 1995; 50/186 de 22 de diciembre de 1995; 51/210 de 17 de diciembre de 1996; 52/133 de 12 de diciembre de 1997; 52/165 de 15 de diciembre de 1997; y 53/108 de 8 de diciembre de 1998; 54/164 del 17 de diciembre de 1999.

En igual sentido se destacan las resoluciones 1269 (1999), 1373 (2001) y 1566 (2004) adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante las cuales se reafirma la necesidad de luchar con todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo.

20) Que en la citada resolución 1566/2004, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: 1. Condenó “en los términos más enérgicos todos los actos de terrorismo, cualquiera que sea su motivación y cuando quiera y por quienquiera sean cometidos, que constituyen una de las más graves amenazas a la paz y a la seguridad”; 2. Instó “a todos

los Estados a que, de conformidad con las obligaciones que les impone el derecho internacional, cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo, especialmente con aquéllos en cuyo territorio o contra cuyos ciudadanos se cometan actos de terrorismo, a fin de encontrar, negar refugio seguro y someter a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la *extradición* a quien apoye o facilite la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o la provisión de refugio seguro o participe o intente participar en esos actos"; 3. Recordó "que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, u abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza...".

Lo hizo "Reafirmando también la necesidad imperiosa de combatir por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con el derecho internacional, contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones... Recordando a los Estados que deben asegurarse de que las medidas que tomen para luchar contra el terrorismo cumplan con todas las obligaciones que les incumbe en virtud del derecho internacional... Reafirmando que el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, constituye una de las más graves amenazas a la paz y seguridad... Considerando que los

actos de terrorismo constituyen un grave obstáculo para el disfrute de los derechos humanos y una amenaza para el desarrollo económico y social de los Estados y que socavan la prosperidad y estabilidad en el mundo...".

21) Que las convenciones mencionadas y las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad sobre el terrorismo reflejan claramente, por una parte, una creciente determinación en el seno de la comunidad internacional de condenar todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera que se cometan y quienquiera que los cometa y por otra parte, una creciente conciencia internacional entre la relación existente entre los derechos humanos y el terrorismo, tal como se destacó en el Informe preliminar preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub.2/1999/27, el 7 de junio de 1999.

22) Que, en el mismo sentido, los países de la comunidad europea en su derecho interno han prestado particular atención al fenómeno del terrorismo adoptando una legislación específica. Así, el art. 55.2 de la Constitución Española referente a la suspensión de derechos y libertades establece una excepción aplicable únicamente a "las bandas armadas o elementos terroristas", independientemente de las restricciones consagradas para los estados de excepción. El citado art. 55.2 dispone: "Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Por su parte, también condenan el terrorismo, la ley irlandesa contra el terrorismo de 1973, la ley provisional británica sobre

prevención del terrorismo de 1974, las diversas leyes alemanas para reformar el código penal y la legislación procedimental en materia de terrorismo y las leyes italianas contra el terrorismo de 5 y 28 de abril de 1978, entre otras, demuestran la intención estatal de recoger los principios internacionales en la materia. Cabe destacar que España, Francia, Reino Unido y Portugal han adoptado una definición de terrorismo en su legislación.

Asimismo, los Estados Unidos de Norte América han adoptado una ley interna, la *USA Patriot ACT*, de octubre de 2001, Secciones 808, 809 y 810 en la que define al delito de terrorismo, tipificando nuevos delitos federales, aumentan las penas, modifica el procedimiento criminal federal, particularmente respecto de actos de terrorismo.

VIII. Consolidación dinámica de la *opinio iuris sive necesitatis*

23) Que es posible afirmar que la condena de la comunidad internacional al terrorismo se ha desarrollado como una práctica constante y uniforme aceptada como derecho (Fallos: 317:1880; 322:2926; art. 38 (1.b) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; *Columbian Peruviam Asylum*, ICJ Reports 1950; *Plataforma Continental del Norte*, ICJ Reports 1969; *Rights of de United States in Morocco* ICJ Reports 1952; *Military and Paramilitary Activities and in and Against Nicaragua* ICJ Reports, 1986).

Probada la consistencia y generalidad de una práctica, ninguna duración particular es requerida: el paso del tiempo será por supuesto parte de la evidencia de la generalidad y consistencia. Una larga y menos aún inmemorial práctica no es necesaria (Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press Oxford 1966, pág. 5).

24) Que, como se señaló en el Informe Preliminar de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de

las Naciones Unidas del 7 de junio de 1999, durante mucho tiempo las Naciones Unidas no han estado dispuestas, debido a profundas divisiones ideológicas entre los Estados miembros, a reconocer las consecuencias del terrorismo en el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub.2/1999/ 27). Pero tal situación ha variado. El Informe preparado por la mencionada Relatora en el año 2001, da cuenta que el 19 de octubre de 1999 el Consejo de Seguridad decidió por unanimidad emprender una lucha común contra los terroristas en todas partes. En su histórica resolución 1269 (1999) –la primera resolución en que se abordó la cuestión del terrorismo en general– el Consejo de Seguridad subrayó la necesidad de intensificar la lucha contra el terrorismo y la cooperación internacional efectiva basada en el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, las normas de derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos (párrafo 14).

IX. Creciente conciencia internacional sobre terrorismo y derechos humanos

25) Que la resolución 54/164 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1999, titulada "Derechos humanos y terrorismo", condenó las violaciones del derecho de vivir sin temor y del derecho a la vida, la libertad y la seguridad, así como la incitación al odio étnico, a la violencia y al terrorismo. Reiteró su condena inequívoca de todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, por ser actividades, cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los Estados, desestabilizando gobiernos legítimamente constituidos, socavando la sociedad civil y pluralista y redundando en el detrimento de desarrollo económico y social. Instó también a la comunidad internacional a intensificar la cooperación regional e internacional en la lucha contra el terrorismo de conformidad con los instrumentos internacionales per-

tinentes, incluidos los relativos a los derechos humanos.

En el mismo sentido la resolución del 16 de marzo de 2000 del Parlamento Europeo hizo mención del terrorismo y los derechos humanos. En dicha resolución se destacó que cabía insistir "una vez más en la violación de los derechos humanos que representa el terrorismo" y subrayó la importancia de la cooperación entre los Estados miembros a fin de luchar contra el mismo y la necesidad de conceder indemnizaciones adecuadas a las víctimas del terrorismo "de conformidad con las directrices de la Comunicación de la Comisión sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea" (Resolución A5-00050/2000 de 16 de marzo de 2000).

26) Que, dada la estrecha relación que existe entre el terrorismo y el goce de los derechos humanos y las libertades esenciales y la ya señalada obligación de luchar contra el terrorismo que les incumbe a los Estados en virtud del derecho internacional, resulta apropiado recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. En efecto, en el caso *Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75, dicho tribunal consideró inadmisibles las disposiciones de derecho interno, entre ellas las atinentes a la prescripción, que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (párrafo 41).

Consiguientemente, es obvio que si en *Barrios Altos* se estableció este criterio para el caso de terrorismo de estado también es necesario decidirlo respecto de todo acto de terrorismo. Bien es verdad que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos no establece expresamente la imprescriptibilidad razonablemente inferida en *Barrios Altos*. De ello se sigue que tal inferencia cabe respecto de cualquier metodología de violación grave de los de-

rechos humanos; pues es equiparable el terrorismo de estado al terrorismo cometido en el caso de la AMIA o en el de las Torres Gemelas, entre tantos otros.

Corrobora lo expuesto, la autoridad que esta Corte ha asignado al mencionado precedente en las causas Fallos: 326:2805, *Videla*, voto del juez Petracchi; 326:3268, *Hagelin*, voto del juez Fayt, voto del juez Boggiano y voto del juez Maqueda; 326:3758, *Vázquez Ferrá*, voto del juez Boggiano; 326:3758; 326:3758, 4797, *Astiz*, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y voto del juez Maqueda; 327:5668, voto del juez Fayt; y la citada causa *Arancibia Clavel*, voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, voto del juez Petracchi y voto del juez Maqueda para remover obstáculos de orden interno, tales como la prescripción, a la investigación y juzgamiento de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

27) Que las situaciones conflictivas actuales presentan agentes que no son estados sino entes derivados de la disgregación de los estados o vinculados a reivindicaciones independentistas o con organizaciones criminales, en especial, grupos terroristas. La lucha contra el terrorismo ha de librarse también en la política internacional. Y, en todo caso, el uso de la fuerza contra el terrorismo no puede renunciar a los principios de un estado de derecho. No sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los derechos humanos fundamentales pues la violación de esos derechos no puede ser justificada con el pretexto inaceptable de que se trata de cuestiones internas de un Estado.

28) Que es por estas razones que cobran particular relevancia las consideraciones del Informe elaborado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en cuanto impone a la extradi-

ción como un medio eficaz de los estados para combatir la impunidad en la lucha contra el terrorismo. En este sentido se destacó que la extradición de una persona supuesta autora de una acción terrorista desde un Estado a otro Estado legalmente interesado es una de las formas en que la comunidad internacional puede abordar la cuestión de la impunidad. Se señaló asimismo que los instrumentos internacionales contra el terrorismo y la mayoría de las convenciones regionales existentes sobre terrorismo asignan gran relevancia a la extradición sobre todo porque la extradición está considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y por consiguiente reducir el terrorismo. Se enfatizó que el temor a ser extraditado a un Estado que es el objetivo de sus actos o a un Estado donde será procesado está considerado por los terroristas potenciales como el principal elemento disuasorio. Por ello, se concluyó que es importante que aquellas personas a las que se podría convencer de que cometan acciones terroristas sepan que si son capturadas serán procesadas con toda certeza. (conf. Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub. 2/2001/31, 27 de junio de 2001). En el mismo sentido la Constitución Española, en el art. 13.3 dispone que quedan excluidos de la extradición los delitos políticos y al mismo tiempo distingue el delito político de los actos de terrorismo de la siguiente forma: 13.3 "La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos no considerándose como tales los actos de terrorismo".

X. Adaptación del derecho interno

29) Que, en este contexto, se impone concluir que tratándose de delitos de lesa humanidad, como el terrorismo, no rigen las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción. Tales nor-

mas importan un obstáculo para la investigación y el eventual castigo de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y, en el caso de la extradición, atenta, además, contra el deber impuesto a los estados de cooperar en la lucha contra el flagelo del terrorismo que, como se dijo, afecta a toda la comunidad internacional por hallarse reñido con los más elementales principios de la convivencia humana civilizada.

30) Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad –como el terrorismo– está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, como por ejemplo la "Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad". En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316: 567, disidencia del juez Boggiano).

31) Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la "Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidas con bombas" no estuviera vigente al momento de la comisión de los hechos en que se sustenta el pedido de extradición. Ello por cuanto, en razón de la naturaleza del delito, corresponde considerar, como se hizo en la citada causa *Arancibia Clavel*, voto del juez Boggiano, que "no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (considerando 29).

32) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (*Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial" (*Arancibia Clavel*, voto del juez Boggiano, considerando 30).

XI. Imprescriptibilidad del delito de terrorismo

33) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la Casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley nacional, en ese caso francesa, ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, *Fédération Nationale des désportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, 20 de diciembre de 1985; N° 02–80.719 (N° 2979 FS) – P+B, 17 de junio de 2003, *Arancibia Clavel*, voto del juez Boggiano, considerando 31).

34) Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humani-

dad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo.

En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567 disidencia del juez Boggiano). Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aún retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319:2779).

35) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I).

Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención cuando expresa que "...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones por el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo". En este sentido advierte que "la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes".

Asimismo se reconoce que es oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de los críme-

nes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación internacional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo “afirmar” en lugar de “enunciar” a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

36) Que tal regla es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos: 319:3148).

37) Que, no cabe pues predicar que el mencionado instrumento internacional está subordinado a la Constitución pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del estado argentino.

XII. Interpretación del derecho interno a la luz de la *opinio iuris* internacional

38) Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, pero, obviamente, no establece los principios del derecho de gentes.

39) Que no puede dejar de destacarse el compromiso asumido por el gobierno argentino frente a representantes de la comunidad judía y familiares de las víctimas del atentado contra la AMIA, de impulsar la sanción de una ley que impida la prescripción de causas que investiguen actos de terrorismo y que equipare expresamente esos delitos a los crímenes de lesa humanidad (Noticias comunitarias argentinas y del mundo, del 17 de febrero de 2005, "El Gobierno Argentino busca que no prescriban causas por terrorismo" *www.argentina.shalomonline.com/noticiasant.asp*).

40) Que, en tales condiciones, el juez de primera instancia en cuanto juzgó prescriptos los delitos que dan lugar al requerimiento según el Código Penal argentino, omitió el examen del derecho internacional en materia de terrorismo, tanto desde la perspectiva del derecho internacional convencional, cuanto de la que presentan los arts. 75, inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional y, por consiguiente, de la relación armónica entre el derecho constitucional y el derecho internacional. En efecto, la calificación adoptada por el sentenciante, aun cuando pudiera contemplar ciertos aspectos de los hechos que se le imputan al extraditable, desconsideran la máxima gravedad de los delitos susceptibles de afectar el orden y la seguridad pública en

violación a los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. En otras palabras, el hecho que motivó el pedido de extradición es un delito de lesa humanidad imprescriptible por la magna potencia de su antijuricidad y es manifiestamente contrario al derecho internacional y a la conciencia jurídica universal, por lo que no pudo denegarse la entrega con sustento en la prescriptibilidad del delito según la calificación de la ley argentina, que, según los precedentes considerandos no es prescriptible. Por lo demás, no obsta a la calificación "delitos de lesa humanidad" de los hechos que motivan el pedido de extradición en la presente causa la circunstancia de que, al ser cometido, no se llegara a causar la muerte efectiva de un ser humano. Al respecto, incide no sólo el hecho de que de todos modos fueran causadas lesiones personales de gravedad en dos auxiliares de la Dirección General de la Policía, sino también el dato de que la razón por la que un atentado contra la vida o contra cualquier otro bien llega efectivamente a producir el resultado deseado o no es, en cierta medida –y tal como se conoce desde siempre–, un producto no dominado plenamente por el autor, sino, al menos *también*, "obra" del azar. Dicho mediante una conocida figura de Armin Kaufmann: "Se trata de... en qué reside la diferencia en el contenido de culpabilidad entre el caso de dispara que acierta y aquél del que pasa silbando... Se tiene que explicar por qué la culpabilidad por el hecho depende de la habilidad del médico. Y es difícil hacer plausible que, cuando 6 meses después del hecho muere la víctima, la culpabilidad del autor crezca, mientras él está tendido en la cama y duerme" (*Die Dogmatik im Alternativentwurf*, en "ZStW", t. 80, 1968, págs. 34 ss., citado a través de su reedición en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Ausfsätze und Vorträge*, 1982, págs. 229 ss., esp. 243 y s., en versión española: *La parte dogmática del proyecto alternativo*, en "NPP, año 6, 1977, págs. 41 ss. esp. 57 s., trad. de Julio B. J. Maier). Para la capacidad del hombre de atenerse

al derecho o de quebrantarlo no es decisivo qué *termine ocurriendo* sino aquello que razonablemente habría podido ocurrir según su representación del hecho, dado que, para expresarlo también con una conocida constatación teórica: "No tendría ningún sentido ordenarle al hombre: ¡tu debes no producir tal y tal resultado! Pues la producción del resultado depende de una serie de factores (condiciones) que están fuera del ámbito de poder del hombre respectivo; más bien uno sólo puede ordenarle: ¡tu debes no querer producir el resultado!" (Oskar Adolf Germann, *Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, 1914, pág. 129, cit. por Günther Stratenwerth, *Acción y resultado en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, pág. 41). En torno a esto no sólo decide el conocido dato teórico de que "la norma de la consumación no fundamenta ningún deber que no esté ya fundamentado también por la norma de la tentativa" (Diethart Zielinski, *Handlungs–und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncher & Humblot, Berlín, 1973, pág. 141, hay versión española: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, trad. de Marcelo A. Sancinetti, pág. 159), sino la mera comprobación, acorde a intuiciones de justicia de cualquier persona razonable, de que ya es un atentado que conmueve la paz entre los hombres y sus sentimientos más elementales de seguridad el llevar adelante un proyecto de acción con posibilidad de producir graves daños personales y materiales indeterminados o enormes estragos cuyos límites de nocividad ni siquiera están al alcance del autor: allí dónde él pierda el control de evitar con seguridad resultados que integrarían un hecho de lesa humanidad si llegaran a producirse, así también se estará ante un hecho de lesa humanidad con su sola tentativa, especialmente si el autor ha desarrollado todo su proyecto de acción, sin revocarlo en tiempo oportuno, abandonando al acaso la posibilidad de que se produzcan tales daños o no.

41) Que no resultan atendibles las alegaciones del requerido referidas a un supuesto peligro de ser sometido a tratos o penas crueles (art. 10 del Tratado de extradición con el Reino de España y 12 de la Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas) porque no hay fundamentos que autoricen a suponer que la persona que se entrega vaya a enfrentar en el Estado requirente un riesgo real de exposición a un trato de esas características. Máxime cuando tanto la República Argentina cuanto el Reino de España son parte de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 1°).

42) Que, en atención a las consideraciones del voto de la mayoría en la presente causa, aun cuando se entendiera que el delito de terrorismo debe prescribir, corresponde una interpretación de las normas internas sobre prescripción que alcance la mayor armonía con los principios, valores y normas internacionalmente reconocidas sobre delitos de lesa humanidad. De este modo, al menos, se alcanzaría una solución justa equivalente por una interpretación aproximativa del derecho argentino al derecho internacional. En tal sentido y por los fundamentos del acápite VIII del dictamen del señor Procurador General, se impone concluir que mediaron en el caso actos de secuela del juicio y, por consiguiente, interruptivos de la prescripción.

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador General, se revoca la sentencia apelada y se concede la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso ordinario interpuesto por **la Procuración General de la Nación,** representada por el Dr. **Esteban Righi.**
Traslado contestado por **el Reino de España,** representado por el Dr. **Maximiliano Rusconi,** patrocinado por los Dres. **Santiago Vegezzi y María Valeria Onetto.**

Traslado contestado por **Jesús María Lariz Iriondo,** representado por los Dres. **Gustavo R. E. Piantino y Eduardo N. Soares.**
Tribunal de origen: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 11.**

ALEXANDER BORISOVICH SMIRNOV

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

Si bien el agravio fundado en el incumplimiento del recaudo contemplado por el art. 13, inc. d, de la ley 24.767 sólo fue planteado ante la Corte Suprema, debe ser igualmente tratado por el Tribunal, puesto que se trata de una cuestión susceptible de afectar el orden público argentino y el mencionado requisito es un presupuesto necesario para que el Estado Nacional conceda la extradición.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

Corresponde rechazar el pedido de extradición si la documentación presentada por el estado requirente no reúne los requisitos contenidos en la ley 24.767, pues admitir el pedido sin más, sería un peligroso precedente derogatorio de la ley penal argentina y de la garantía del debido proceso consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, y enriquecida por los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

Corresponde rechazar el pedido de extradición que sólo aparece firmado por el fiscal general adjunto de la Federación Rusa, por ser insuficiente para considerar cumplido el requisito de resolución judicial que exige el art. 13, inc. d, de la ley 24.767.
–Del precedente “Andreev”, al que remitió la Corte Suprema–.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

El hecho de que el ordenamiento jurídico del estado requirente no otorgue a un órgano judicial la competencia para solicitar la extradición de personas imputadas de delitos, no constituye una razón para omitir la aplicación de la ley interna argentina que regula, a falta de un tratado especial con el Estado requirente, las condiciones que deben cumplirse para la procedencia de la extradición (art. 2° de la ley 24.767) (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

Es el estado requirente quien tiene la carga de demostrar, de acuerdo con el art. 13, inc. "d" de la ley 24.767, el carácter "judicial" de resolución que solicita la extradición cuando esa calidad no es manifiesta (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

El recaudo contemplado por el art. 13, inc. d, de la ley 24.767 no es meramente formal, pues se relaciona con el art. 8, inc. c de dicha ley en cuanto establece que no procede la extradición cuando "el proceso que la motiva fuese tramitado por una comisión especial de las prohibidas por el art. 18 de la Constitución Nacional" y tiende a asegurar la independencia e imparcialidad del juzgador y la confianza del justiciable (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Elena I. Highton de Nolasco).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

A fin de favorecer la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia, corresponde suspender la decisión sobre la procedencia o el rechazo de la extradición para que el estado requirente esclarezca, conforme a su derecho, la naturaleza del órgano que dictó la orden de captura que sustenta el pedido, pues admitir el pedido sin más sería un peligroso precedente derogatorio de la ley penal argentina (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Elena I. Highton de Nolasco).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

El titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 hizo lugar a la extradición de Alexandr Borisovich Smirnov (fs. 219/226) solicitada por las autoridades diplomáticas de la Federación Rusa (fs. 476/485).

Contra esa sentencia la defensa del requerido interpuso recurso de apelación (fs. 490/500), el que fue concedido por el *a quo* a fojas 502.

– II –

El recurrente considera que los recaudos remitidos por las autoridades rusas adolecen de deficiencias en la descripción de los hechos que motivan la extradición. Destaca que no existe una identificación precisa de la fecha de comisión del delito ni de las personas damnificadas por la supuesta estafa que habría cometido Smirnov, no surgiendo, además, referencia alguna a las pruebas que sustentan la acusación que pesa en su contra.

Afirma que el proceso que se le sigue en Rusia constituye parte de una persecución orquestada por el gobierno para apoderarse de la fructífera empresa del requerido. Conforme relata, Smirnov habría recibido amenazas por parte de funcionarios para que emigre de Rusia, llegándose incluso a detonar un explosivo en su automóvil y a secuestrarlo con el objeto de obligarlo a ceder su empresa.

Por otro lado, la impugnación se dirige contra el tribunal que entiende en el proceso que se le sigue al nombrado. Arguye la defensa que no es posible determinar, en los recaudos remitidos, si los funcionarios que allí intervienen constituyen un tribunal militar o son integrantes del poder ejecutivo ruso. Refiere, en este sentido, que igualmente es la misma parte requirente quien afirma que, en su ordenamiento, las extradiciones son dispuestas por la Fiscalía General de la Federación Rusa, con lo cual no se satisface el requisito del inciso “d” del artículo 13 de la ley 24.767.

– III –

En primer lugar, advierto que los agravios relacionados con el carácter de los magistrados que requirieran la extradición han sido tardíamente introducidos.

En efecto, ninguna observación sobre este aspecto fue formulada en el momento del debate (cfr. fs. 472/475): la cuestión fue recién introducida al interponer este recurso y tratada con mayor amplitud en el memorial presentado en esta instancia. Esta circunstancia, conforme la doctrina del Tribunal, autoriza el rechazo de estos agravios (Fallos: 320:1775; 322:486; 323:3699, entre otros).

Sin embargo, a todo evento, las cuestiones relativas a la naturaleza del Ministerio Fiscal de la Federación Rusa han merecido opinión

del suscripto en el punto IV del dictamen de fecha 4 de junio de 2002 en A.208, L.XXXVIII *in re* "Andreev, Andrey s/ extradición", al que me remito en lo que sea pertinente.

– IV –

Por otro lado, considero que las impugnaciones referidas a la supuesta insuficiencia de la descripción de los hechos que motivaron el pedido de extradición resultan insustanciales. Es que, a mi juicio, contrariamente a lo sostenido por la defensa, el relato que consta en el requerimiento de extradición resulta suficiente para dar por satisfecho el requisito del inciso "a" del artículo 13 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal.

En efecto, de la exigencia normativa de una "...descripción clara del hecho delictivo, con referencias precisas acerca de la fecha, lugar y circunstancias en que se cometió y sobre la identificación de la víctima" no resulta posible interpretar sin más que, en todos los casos, este relato deberá consistir en un análisis completo y acabado de las particularidades que rodearon el acto incriminado, pues debe tenerse en consideración que los tribunales del país requirente no siempre se encontrarán en condiciones de brindar esta información en toda su amplitud.

Tampoco resulta razonable exigir al Estado requirente, cuando se encuentra en las primeras instancias del proceso por el que solicita el extrañamiento, mayores precisiones que las que reclama nuestro ordenamiento ritual en la misma etapa procesal, en la cual sólo se impone al denunciante y al fiscal –artículos 176 y 188 del Código Procesal Penal de la Nación– una descripción circunstanciada del hecho **cuando fuera posible** (dictamen del suscripto en H 425.XXXVIII *in re* "Hernández Fernández, Mario s/ extradición" de fecha 12 de noviembre de 2002).

Es que, distinta será la situación de un magistrado que requiere la extradición de un presunto inculpado cuando se encuentra recién en los albores de la investigación, que la de quien lo haga cuando ya cuenta con todos los elementos para, por ejemplo, dictar sentencia. Y, por otro lado, tampoco puede equipararse la completividad de la descripción cuando se trata de un simple hecho de robo con los casos en que el delito resulta de complejas maniobras de defraudación para las

que se ha recurrido a mecanismos financieros, como en los hechos por los que se requiere a Smirnov.

Esta aparente relatividad en lo que se refiere a qué debe entenderse como una “descripción clara” no es absoluta, ya que siempre habrá de tenerse en consideración que los requisitos establecidos por el artículo 13 de la ley 24.767 obedecen a que el requerido tenga certidumbre en cuanto a los hechos por los que se solicita su extrañamiento y respecto de los cuales habrá de ejercer su defensa en el proceso seguido en el estado extranjero (del punto III del dictamen en Fallos: 324:1557, que la Corte comparte y hace suyo).

Y en el presente se hace evidente que el requerido, a partir de la descripción que aquí tilda de incompleta, ha comprendido acabadamente cuál es la situación por la que se requiere su extradición, intentando en torno a ella una explicación exculpatoria (cfr. fs. 85/86, 340/347, 472/475, 490/500 y 509/518).

– V –

Tampoco la alegada imprecisión acerca de la fecha de comisión de los hechos resulta esencial, pues si bien –como destaca la defensa– parecería existir alguna discrepancia en cuanto al período que comprenden los hechos motivo del extrañamiento, todas las versiones –que el recurrente señala en su presentación de fs. 509/518– son coincidentes en que éstos habrían acaecido entre los años 1993 (cuando comenzó la oferta pública de las letras de cambio nominativas) y 1994-1995 (cuando se verificaron los incumplimientos de las obligaciones), circunstancia que cabe considerar suficiente para dar por cumplido este requisito.

En este sentido, tiene dicho el Tribunal que la extradición resulta admisible aunque no se haya determinado la fecha concreta en la que habrían tenido lugar los hechos que motivaron el pedido si de los antecedentes acompañados surgen, con suficiente certeza, datos temporales bastantes (doctrina de Fallos: 235:414 y 320:1775).

La supuesta carencia de identificación de los presuntos damnificados no conmueve, a mi criterio, el principio ya asentado.

Por el contrario, resulta razonable su aparente indeterminación teniendo en cuenta que el ardid constitutivo del delito por el que se lo

requiere, se consumó mediante la oferta de emisiones cambiarias a un público indeterminado, lo cual explica que, posiblemente, no se hayan constatado aún con precisión los damnificados por este delito.

Por último, la ausencia de elementos de prueba –o de alguna mención a ellos– que sustenten la acusación de los tribunales rusos resulta impertinente, por cuanto éste no es un requisito exigido por la ley 24.767.

– VI –

Como se dijo, el recurrente afirma que el requerimiento de extradición obedece a una persecución planeada por el estado ruso para apoderarse de los bienes de Smirnov y acabar con el prestigio que habría obtenido en el desenvolvimiento de su actividad comercial.

En este aspecto, al igual que el *a quo*, considero que el intento de la defensa para dar credibilidad a la versión de su defendido y así obtener el rechazo de la extradición con base en las prescripciones del artículo 8° de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal no resulta suficiente ni adecuadamente probado.

Los elementos en que intenta apoyar su explicación no traslucen siquiera un cuadro meramente indiciario de tales afirmaciones.

No advierto por qué, del hecho de que se haya decretado la quiebra de la empresa del extraditable, debe inferirse que el Estado ruso intenta apoderarse ilegítimamente de ella y no, como resulta más verosímil, que ésta se ha constituido en cesación de pagos y sus acreedores han iniciado el proceso falencial para cobrar sus deudas.

Postura que también puede predicarse de los confusos sucesos de los que fuera protagonista Smirnov en Chipre: suponer, a partir de la constancia de una denuncia formulada por su cónyuge –que, a la postre, él no ratificó– que habría sido secuestrado en Suiza y llevado a ese país y que, además, este hecho había sido realizado por cuenta y orden del gobierno ruso, parece a todas luces excesivo. Máxime teniendo en consideración que el mismo Smirnov había tramitado la visa para ingresar a Chipre cuando aún se encontraba en Moscú (cfr. foja 8 de su pasaporte, cuya copia certificada obra a fs. 468 vta.), lo

que tornaría inverosímil la afirmación de que su traslado a ese país fue compulsivo, puesto que no era un destino imprevisto.

Ello sin perjuicio de que el recurrente ni siquiera ha intentado acreditar los demás sucesos que refiere haber padecido (amenazas por parte de funcionarios rusos, voladura de su automóvil, etc.) y que, según sus propias manifestaciones, fueron denunciados en su oportunidad ante las autoridades del país requirente, con la fútil excusa de que las constancias nunca serían remitidas.

En consecuencia, considero que la intención de la defensa de ampararse en las previsiones del inciso "d" del artículo 8° de la ley 24.767 no debe tener acogida favorable.

Es que esta norma, extraída textualmente del *Model Treaty on Extradition* (artículo 3.b) e incluida en recientes instrumentos internacionales celebrados por la República Argentina (tratados de extradición con Italia –ley 23.719 artículo 5.2–, España –ley 23.708, artículo 5.2–; Paraguay –ley 25.302 artículo 3.2–; Estados Unidos de América –ley 25.126 artículo 4.2–, entre otros), ha de ser aplicada en forma restrictiva y cuando se evidencie plenamente la existencia de esta "intencionalidad política".

Este es el supuesto, por ejemplo, registrado en Fallos: 145:394, en el cual la Corte (si bien bajo otro supuesto normativo –delitos comunes conexos con los de índole política–), rechazó una solicitud de extrañamiento solicitada por las autoridades bolivianas fundada en la supuesta comisión de una defraudación de fondos públicos, porque en el proceso pudo determinarse que al extraditable –el coronel del ejército boliviano Oscar Mariaca Pando– se lo acusaba de promover un levantamiento militar en la región de Jacuiba y el delito por el que se lo requería habría tenido lugar en una fecha próxima al motín y, en apariencia, con el objeto de ayudar a su consecución.

Adviértase que admitir la excepción referida –invocación de un delito común inexistente para enmascarar una persecución política, racial, religiosa, etc.– implica afirmar, tácitamente, que el Estado requirente estaría utilizando aviesamente el instituto de la extradición para obtener un extrañamiento ilegítimo, afirmación que no debe hacerse a la ligera y sin un absoluto convencimiento por parte del magistrado de la existencia de una intención oculta. Es precisamente ésta,

estimo, la razón por la cual no he hallado, desde la vigencia de la ley 24.767 y los tratados referidos *supra*, ningún precedente en el que el Tribunal haya rechazado una solicitud de extradición basándose en esta excepción.

Pero, en síntesis y más allá de la excepcionalidad de su aplicación, no encuentro en el expediente constancias objetivas que permitan suponer que las autoridades judiciales del Estado requirente no aplicarán con justicia la ley de la tierra (Fallos: 187:371).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la Federación Rusa también es parte de convenciones internacionales de protección de los derechos humanos, con jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, a la cual el requerido podrá eventualmente acudir de considerar violada su garantía a un proceso justo (doctrina de Fallos: 323:892, disidencia de los ministros doctores Julio S. Nazareno y Antonio Boggiano).

– VII –

Por todo lo expuesto es mi opinión que V.E. debe confirmar la sentencia recurrida, en todo cuanto fuera materia de apelación. Buenos Aires, 26 de noviembre de 2002. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Smirnov, Alexander Borisovich s/ infr. ley 1612”.

Considerando:

1°) Que contra la resolución del juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 que declaró procedente la extradición de Alexander Borisovich Smirnov solicitada por la Federación Rusa a los fines de su juzgamiento por el delito de estafa (art. 147, ap. 3° del Código Penal extranjero) según la descripción de

los hechos obrante en autos (fs. 476/485), la defensa del nombrado interpuso recurso de apelación ordinario que fue concedido a fs. 502 y fundado en esta instancia (fs. 509/518).

2°) Que los agravios que, en lo sustancial, fundan el recurso se refieren a la ausencia del recaudo contemplado por el art. 13, inc. d de la ley 24.767, en cuanto exige "resolución judicial" tanto respecto de la solicitud de extradición como de la orden de detención que le da sustento. Asimismo, le atribuye deficiencias formales al pedido de extradición por imprecisiones en la fecha de comisión del delito, no haber identificado debidamente a las víctimas del hecho imputado y no incluir referencias respecto de las pruebas que sustentan la acusación que pesa en su contra. Por último, adujo que el requerimiento de extradición obedecería a una persecución política por parte del Estado requirente.

3°) Que el agravio fundado en el incumplimiento del recaudo contemplado por el art. 13, inc. d, de la ley 24.767 sólo fue planteado en esta instancia. Sin embargo, puesto que se trata de una cuestión susceptible de afectar el orden público argentino y que el mencionado requisito es un presupuesto necesario para que el Estado Nacional conceda la extradición, debe ser igualmente tratado por este Tribunal.

4°) Que, sin querer abrir juicio sobre las formas de organización del procedimiento penal de un Estado extranjero, debe afirmarse que la documentación presentada por la Federación Rusa no reúne los requisitos contenidos en la ley 24.767.

Admitir este pedido sin más, sería un peligroso precedente derogatorio de la ley penal argentina y de la garantía del debido proceso consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, y enriquecida por los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

5°) Que en función de lo manifestado y por no encontrarse cumplimentados los requisitos legales para el otorgamiento de la extradición solicitada, manteniendo la posición de A.208.XXXVIII. "Andreev, Andrey s/ extradición", votos de la mayoría y concurrentes de los jueces Maqueda y Highton, del 22 de diciembre de 2004; lo que torna inoficioso ingresar al análisis de los demás agravios planteados en la apelación.

Por lo expuesto, oído el señor Procurador Fiscal se revoca la sentencia apelada y se rechaza el pedido de extradición formulado por la Federación Rusa respecto de Alexander Borisovich Smirnov. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que la cuestión planteada en estos autos es sustancialmente idéntica a la resuelta en la causa A.208.XXXVIII. "Andreev, Andrey s/ extradición", del 22 de diciembre de 2004, voto del juez Petracchi, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se revoca la sentencia de fs. 476/485, y se rechaza el pedido de extradición formulado por la Federación Rusa respecto de Alexander Borisovich Smirnov. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que la cuestión planteada es sustancialmente idéntica a la resuelta en la causa A.208.XXXVIII. "Andreev, Andrey s/ extradición", del 22 de diciembre de 2004 (voto de los jueces Petracchi, Fayt y Zaffaroni, y su cita) a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se revoca la sentencia de fs. 476/485, y se rechaza el pedido de extradición formulado por la Federación Rusa respecto de Alexander Borisovich Smirnov. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires que resolvió conceder la extradición de Alexander Borisovich Smirnov solicitada por la Federación Rusa, la defensa interpuso recurso de apelación ordinario. La extradición fue otorgada para ser sometido a juicio por apropiación de bienes ajenos por medio de engaño y abuso de confianza (estafa) en grandes dimensiones.

2°) El recurso de apelación se funda en la falta de una descripción precisa de los hechos por los cuales se persigue criminalmente a Smirnov en el territorio del Estado requirente. En segundo lugar, señaló que no se había dado cumplimiento al artículo 13 inciso "d" de la ley 24.767 en cuanto exige que la solicitud contenga testimonio o fotocopia autenticada de "la resolución judicial que dispuso la detención del procesado". Por otra parte, adujo que Smirnov sería víctima de una persecución política por parte de las autoridades del gobierno Ruso.

3°) El Señor Procurador Fiscal, en su dictamen de fs. 520/523 opinó que debía confirmarse la sentencia recurrida. En relación con los agravios aducidos por la defensa sostuvo que el pretendido incumplimiento del artículo 13 inciso "d" de la ley 24.767 había sido tardíamente introducido, puesto que ninguna observación al respecto había sido formulada en el transcurso del debate y la cuestión fue introducida recién al interponerse el presente recurso ordinario de apelación. Discrepó con la defensa sobre la imprecisión en la descripción de los hechos y demás circunstancias que rodearon a la imputación contra Smirnov, pues entendió que los datos aportados por el Estado requirente eran suficientes en relación con la complejidad del delito imputado. Por último argumentó que no encontraba constancias objetivas

que probaran la invocada persecución de las autoridades rusas contra el requerido Smirnov.

4°) En el *sub lite* la actuación mediante la que se ha requerido la extradición se encuentra suscrita por un funcionario de la Fiscalía General de la Federación Rusa, V. V. Kolmógorov, que actúa en sustitución del Fiscal General (Fojas 288, traducido al inglés a fojas 289 y al castellano a fojas 287).

5°) La circunstancia señalada precedentemente determina que el presente caso resulte sustancialmente análogo al que fue fallado en el expediente A.208.XXXVIII, "Andreév, Andrey s/ extradición", el 22 de diciembre de 2004. En esa ocasión, el Tribunal entendió que el libramiento de la solicitud de extradición debe provenir de una "resolución judicial" y que la orden emitida por el fiscal general adjunto de la Federación Rusa no permitía otorgar la extradición (voto de los jueces Petracchi, Fayt y Zaffaroni, que remite al voto en disidencia en la resolución del 13 de julio de 2004 dictada en el mismo expediente, y voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, considerando 6°).

6°) El hecho de que el ordenamiento jurídico interno de la Federación Rusa no otorgue a un órgano judicial la competencia para solicitar la extradición de personas imputadas de delitos, no constituye una razón para omitir la aplicación de la ley interna argentina que regula, a falta de un tratado especial con el Estado requirente, las condiciones que deben cumplirse para la procedencia de la extradición (artículo 2° de la ley 24.767). De tal manera, es el requirente quien tiene la carga de demostrar, de acuerdo con el artículo 13, inciso "d" de la ley 24.767, el carácter "judicial" de resolución que solicita la extradición cuando esa calidad no es manifiesta.

7°) Por otra parte, el incumplimiento del recaudo contemplado por el artículo 13, inciso "d" de la ley 24.767 es cuestión susceptible de afectar el orden público argentino y el mencionado requisito constituye un presupuesto necesario para que el Estado Nacional conceda la extradición. Por tal razón, el carácter tardío de su planteo por parte de la defensa no impide su tratamiento por el Tribunal (causa "Andreév" antes citada, resolución del 13 de julio de 2004).

Por ello, oído el Procurador Fiscal, se revoca la sentencia de fs. 476/485 vta. y se rechaza el pedido de extradición formulado por la

Federación Rusa contra Alexander Borisovich Smirnov. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR
DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON ANTONIO BOGGIANO Y DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que contra la resolución del juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 que declaró procedente la extradición de Alexander Borisovich Smirnov solicitada por la Federación Rusa a los fines de su juzgamiento por el delito de estafa (art. 147, ap. 3° del Código Penal extranjero) según la descripción de los hechos obrante en autos (fs. 476/485), la defensa del nombrado interpuso recurso de apelación ordinario que fue concedido a fs. 502 y fundado en esta instancia (fs. 509/518).

2°) Que los agravios que, en lo sustancial, fundan el recurso se refieren a la ausencia del recaudo contemplado por el art. 13, inc. d de la ley 24.767, en cuanto exige "resolución judicial" tanto respecto de la solicitud de extradición como de la orden de detención que le da sustento. Asimismo, le atribuye deficiencias formales al pedido de extradición por imprecisiones en la fecha de comisión del delito, no haber identificado debidamente a las víctimas del hecho imputado y no incluir referencias respecto de las pruebas que sustentan la acusación que pesa en su contra. Por último, adujo que el requerimiento de extradición obedecería a una persecución política por parte del Estado requirente.

3°) Que el agravio fundado en el incumplimiento del recaudo contemplado por el art. 13, inc. d, de la ley 24.767 sólo fue planteado en esta instancia. Sin embargo, puesto que se trata de una cuestión susceptible de afectar el orden público argentino y que el mencionado requisito es un presupuesto necesario para que el Estado Nacional

conceda la extradición, debe ser igualmente tratado por este Tribunal.

4°) Que, en efecto, este recaudo no es meramente formal pues se relaciona con el art. 8, inc. c de la ley 24.767 en cuanto establece que no procede la extradición cuando "el proceso que la motiva fuese tramitado por una comisión especial de las prohibidas por el art. 18 de la Constitución Nacional" y tiende a asegurar la independencia e imparcialidad del juzgador y la confianza del justiciable.

5°) Que la norma que en el caso interesa dispone en su parte pertinente que "la solicitud de extradición de un imputado debe contener... 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".

6°) Que en Fallos: 324:2063 esta Corte sostuvo que "la norma transcripta es suficientemente clara en cuanto establece que tanto la resolución que dispone la detención del procesado como la que ordena el libramiento de la solicitud de extradición deben revestir el carácter de resolución judicial para que sea posible asignarle efectos en la jurisdicción argentina".

7°) Que en el *sub lite* las actuaciones que ordenan la detención de Smirnov y aquellas por las que se requiere su extradición (fs. 292/293 y 287/289) han sido suscriptas por el Capitán de Justicia Litinov I.V., Juez Superior de Instrucción del Sexto Departamento Regional de Asuntos Interiores del Area Administrativa Central de Moscú y aprobada por P.S. Riabou, Jefe de la Dirección de Instrucción Sumarial de ese departamento y por el subjefe del Procurador General de la Federación Rusa V.V. Kolmogórov.

8°) Que en tales condiciones, resulta necesario que el país requirente esclarezca, conforme al derecho de la Federación Rusa, la naturaleza del órgano "Juez Superior de Instrucción del Departamento Regional de Asuntos de Interiores del Area Administrativa Central de Moscú" que dictó la orden de captura que sustenta el pedido de extradición. Admitir este pedido sin más, sería un peligroso precedente derogatorio de la ley penal argentina y de la garantía del debido

proceso consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional enriquecida por los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Ello no obstante, no corresponde el rechazo definitivo de la extradición, pues el encauzamiento de este trámite judicial permitirá favorecer la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia.

Por ello, se resuelve: Suspender la decisión sobre la procedencia o el rechazo de la extradición por un plazo de treinta días más –contados a partir de la notificación de este pronunciamiento al Estado requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto– a fin de que la Federación Rusa presente el requerimiento solicitado que ordene, apruebe o ratifique la detención y la solicitud de extradición del requerido en esta causa. Notifíquese como corresponda y resérvense los autos.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso ordinario interpuesto por la **defensa de Alexander Borisovich Smirnov,** representado por los Dres. **Enrique Munilla y Ezequiel Altinier.**
Tribunal de origen: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5.**

PEDRO GERARDO AMIGO v. CARLOS ALBERTO OVIEDO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos locales en general.

Si bien la decisión de temas vinculados con la validez intertemporal de normas de derecho local constituye materia ajena al recurso extraordinario y el principio de no retroactividad de las leyes establecido por el art. 3° del Código Civil no tiene jerarquía constitucional y, por tanto, no obliga al legislador, la facultad de legislar hechos pasados no es ilimitada, ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

Para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aún cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

En el caso de los trabajos profesionales, el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación, ya que es a partir de ahí que nace una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida, o modificada por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

No se debe aplicar la nueva disposición legal con relación a los trabajos profesionales realizados con anterioridad a su vigencia, pues ello traería aparejada una afectación de derechos adquiridos que integran el patrimonio del quejoso.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

Cuando dos distintas normas de honorarios profesionales, que establecen criterios de valuación que son autoexcluyentes entre sí, han estado vigentes durante el pleito, es imprescindible que los tribunales desarrollen, con especial precisión, las razones que justifican el monto de los honorarios de los abogados, no bastando la mera cita de normas jurídicas.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

Si el recurrente desarrolló la mayor parte de su gestión profesional en primera instancia, hasta los alegatos de bien probado inclusive, antes de que fuera publicada la ley 8226 de la Provincia de Córdoba, ello resulta razón más que suficiente para evaluar la aplicación de la normativa arancelaria vigente durante la etapa procesal en que cumplió su tarea profesional, es decir la ley 7269, también local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

Ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Costas y honorarios.

Si bien lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye, como regla, materia ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio si se impugna la validez constitucional de la interpretación dada a una norma arancelaria local y la decisión fue contraria a la existencia del derecho que el recurrente fundó en el art. 17 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

LEY: Vigencia.

Si los trabajos profesionales objeto de la regulación de honorarios impugnada fueron realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley bajo cuyos parámetros se la efectuó, esta normativa no puede ser aplicada de modo que se afecten derechos amparados por garantías constitucionales, cuando sus previsiones, en sustancia, son divergentes con las establecidas en el plexo normativo existente a la época en que se desarrollaron tales tareas (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

LEY: Vigencia.

En los casos donde dos normas de honorarios profesionales distintas, que establecen criterios de valoración que resultan autoexcluyentes entre sí, han estado vigentes durante el pleito, no puede efectuarse una interpretación –a los efectos de la regulación– bajo la inteligencia de las disposiciones contenidas en la última, que importe modificar o alterar un derecho adquirido bajo la vigencia de la anterior, pues se afectaría la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

LEY: Vigencia.

Cuando resulta susceptible discernir la incidencia de los trabajos profesionales dentro de las etapas que fueron previstas en los respectivos regímenes arancela-

rios en vigor durante la tramitación del proceso, debe concluirse que no deben aplicarse las nuevas disposiciones arancelarias con relación a los trabajos profesionales cumplidos con anterioridad a su vigencia, pues ello traería aparejada una afectación de derechos adquiridos que integran el patrimonio del recurrente (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que reguló honorarios es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

En lo que aquí interesa corresponde señalar que el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, declaró mal denegado el recurso de casación interpuesto por el doctor Quiroga, y resolvió rechazar el recurso de casación, y confirmar la resolución recurrida, en cuanto dispuso que los honorarios correspondientes al citado letrado por su actuación en autos debía regularse conforme lo normado por la ley 8226, con fundamento en que la gestión profesional efectuada por el citado concluyó, hasta el llamamiento de autos, vigente la nueva ley de aranceles, razón por la cual consideró que no correspondía en autos aplicar la doctrina de V.E. sentada en el caso “Bula Carlos c/ Prospero Bonaudi”.

Contra dicho pronunciamiento el accionante interpuso recurso extraordinario federal, el que le fue concedido, por considerar el Tribunal que *prima facie* se encontraría configurada una cuestión federal, al contradecir el decisorio la interpretación realizada por V.E. en el citado fallo, con afectación de los derechos adquiridos y de propiedad que garantiza el artículo 17 de la Constitución Nacional –v. fs. 80/87, 88/103, 109/115–.

– II –

Se agravia el quejoso de que el fallo del Superior Tribunal de Justicia es arbitrario, que incurrió en auto contradicción, y omitió pronunciarse sobre cuestiones federales alegadas por su parte, con lo cual estimó, vulneró derechos y garantías de raigambre constitucional –arts. 14, 14 bis, 16, 18, 33 y concordantes de la Constitución Nacional–, a través de una denegatoria tácita o resolución contraria a los mismos, causándole un gravamen de irreparable reparación.

Fundó su pretensión en lo normado por los artículos 14, inciso 3 y 15 de la ley 48; 256, 257 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas constitucionales vulneradas.

– IV –

Estimo, que los agravios del recurrente suscitan cuestión federal para la apertura de la instancia extraordinaria, pues si bien es cierto que la decisión de temas vinculados con la validez intertemporal de normas de derecho local constituye materia ajena al recurso extraordinario (Fallos: 310:315 y 1080; 311:324; 312:764; 320:378), y que el principio de no retroactividad de las leyes establecido por el artículo 3° del Código Civil no tiene jerarquía constitucional y, por tanto, no obliga al legislador (Fallos: 315:2999), no lo es menos que la facultad de legislar hechos pasados no es ilimitada, ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 305:899).

En tal sentido es necesario recordar que V.E. ha señalado reiteradamente que para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aún cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (Fallos: 296:723; 298:472; 304:871; 314:481).

En consecuencia, es necesario en cada caso indagar el momento o la época en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que

engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esta circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable. En el caso de los trabajos profesionales, tiene dicho V.E., que el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación. Es a partir de ahí que nace una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida, o modificada, por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 ya citado (Fallos: 306:1799; 319:1915; 324:2966). La decisión que recae tiene un mero carácter declarativo y no constitutivo del derecho, por lo que mal puede considerarse que deba aplicarse la ley vigente a esa época sin afectar, inconstitucionalmente, derechos ya nacidos y consolidados al amparo de una legislación anterior.

En dicho contexto y a resultas de dichos principios debe concluirse que en el *sub lite* no se debe aplicar la nueva disposición legal con relación a los trabajos profesionales realizados con anterioridad a su vigencia, pues ello traería aparejada una afectación de derechos adquiridos que integran el patrimonio del quejoso, en la medida en que la situación general creada con la entrada en vigencia de la ley 8226, se ha transformado en la situación jurídica concreta e individual referida en el considerando anterior, que no puede ser alterada sin riesgo de afectar el derecho de propiedad (Fallos: 306:1799, 319:1915).

Finalmente, considero que no resulta ocioso poner de resalto que, cuando dos distintas normas de honorarios profesionales, que establecen criterios de valuación que son autoexcluyentes entre sí, han estado vigentes durante el pleito, es imprescindible que los tribunales desarrollen, con especial precisión, las razones que justifican el monto de los honorarios de los abogados, no bastando la mera cita de normas jurídicas (Fallos: 320:1796; 324:2966), como ha ocurrido en la causa *sub examine*.

De conformidad con lo señalado, cabe destacar conforme lo hizo el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, que el recurrente desarrolló la mayor parte de su gestión profesional en primera instancia, hasta los alegatos de bien probado inclusive, antes de que fuera publicada la ley 8226, razón, que considero más que suficiente para evaluar la aplicación de la normativa arancelaria vigente durante la etapa procesal en que cumplió su tarea profesional, es decir la ley 7269. En

tal sentido estimo que si bien en el caso “Bula c/ Prospero Bonaudi”, se trató de trabajos realizados en su totalidad bajo la vigencia de esta última disposición legal, en sus considerandos 6° y 7° V.E. resaltó que no corresponde aplicar la ley arancelaria que entró en vigencia con posterioridad a la aceptación y ejecución de la tarea encomendada, pues no cabe privar al profesional del derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior (Fallos: 268:561) y que, por lo demás, tal conclusión no se vería alterada, ni aún en el supuesto de que se estimara que la norma aplicada es retroactiva, toda vez que si bien en nuestro ordenamiento las leyes pueden tener ese efecto, lo es bajo condición obvia e inexcusable de que tal retroactividad no afecte garantías constitucionales.

Ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la ley suprema (Fallos: 317:218).

En tales condiciones, estimo, media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15, ley 48).

Por lo expuesto, opino que debe declararse procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 27 de febrero de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Amigo, Pedro Gerardo c/ Carlos Alberto Oviedo s/ –ordinario– recurso directo”.

Considerando:

Que el Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos corresponde remitirse por razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario deducido y se revoca la sentencia recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que los antecedentes del caso se encuentran correctamente reseñados en el dictamen del señor Procurador Fiscal.

2°) Que si bien lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye, como regla, materia ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, pues la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales cumplidos y la aplicación de las normas arancelarias no son, por su naturaleza, cuestiones susceptibles de tratamiento por la vía extraordinaria, en el caso cabe hacer excepción a ese principio si se impugna la validez constitucional de la interpretación dada a una norma arancelaria local y la decisión ha sido contraria a la existencia del derecho que el recurrente ha fundado en art. 17 de la Constitución Nacional.

3°) Que, en tal sentido, cabe precisar que si los trabajos profesionales objeto de la regulación de honorarios impugnada, fueron reali-

zados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley bajo cuyos parámetros se la efectuó, esta normativa no puede ser aplicada de modo que se afecten derechos amparados por garantías constitucionales, cuando sus previsiones, en sustancia, son divergentes con las establecidas en el plexo normativo existente a la época en que se desarrollaron tales tareas.

4°) Que en los casos donde dos normas de honorarios profesionales distintas, que establecen criterios de valoración que resultan autoexcluyentes entre sí, han estado vigentes durante el pleito, no puede efectuarse una interpretación –a los efectos de la regulación– bajo la inteligencia de las disposiciones contenidas en la última, que importe modificar o alterar un derecho adquirido bajo la vigencia de la anterior, pues en este caso se afectaría la garantía de la inviolabilidad de la propiedad.

5°) Que, en consonancia con tal criterio, es necesario recordar que esta Corte ha señalado que para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (Fallos: 304:871).

6°) Que, en consecuencia, por aplicación de esa doctrina, cuando, como en el caso, resulta susceptible discernir la incidencia de los trabajos profesionales dentro de las etapas que fueron previstas en los respectivos regímenes arancelarios en vigor durante la tramitación del proceso, debe concluirse que, en el presente, no deben aplicarse las nuevas disposiciones arancelarias con relación a los trabajos profesionales cumplidos con anterioridad a su vigencia, pues ello traería aparejada una afectación de derechos adquiridos que integran el patrimonio del recurrente.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario deducido y se revoca la sentencia recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento. Notifíquese.

E. Raúl Zaffaroni.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON ANTONIO BOGGIANO, DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. **Luis Alberto Quiroga A., por derecho propio.**
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Civil y Comercial del Trabajo, Villa Dolores, Córdoba. Juzgado Civil y Comercial Primera Nominación Villa Dolores, Córdoba.**

SALVADOR NICOLAS FRANCO v. DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Costas y honorarios.

Si bien como principio general las cuestiones referidas a los honorarios regulados en instancias ordinarias, la determinación del interés comprometido y las bases consideradas para su fijación, así como la interpretación y aplicación de normas arancelarias, en razón de su carácter fáctico, procesal y de derecho común, son materia extraña al recurso extraordinario, cabe hacer excepción a tal regla cuando lo decidido es encuadrable en los supuestos de sentencias arbitrarias.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

INTERESES: Generalidades.

En función de la finalidad resarcitoria que poseen los intereses (accesorios), ellos tienen como presupuesto la mora del deudor y sólo se devengan a partir del momento en que se configura dicha situación de retardo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

HONORARIOS DE PERITOS.

Si bien el estipendio del perito contador se rige por las previsiones del decreto-ley 16.638/57, este ordenamiento prevé que las cuestiones profesionales derivadas de actuaciones judiciales no previstas en ella expresamente, serán resueltas por aplicación analógica de las disposiciones del régimen de honorarios de abogados o procuradores, normado en la ley 21.839.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites en el pronunciamiento.

Si el auto de concesión del recurso extraordinario resulta ambiguo y hace de difícil comprensión la extensión con que se lo ha concedido, debe atenderse a los planteos de la recurrente con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que redujo los honorarios es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano y Carmen M. Argibay).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 277, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal redujo los honorarios regulados por el Tribunal Fiscal de la Nación a Salvador Nicolás Franco, por su actuación como patrocinante en causa propia, y confirmó los del perito contador Héctor José Preci.

Al mismo tiempo, estableció que dichas sumas generarían intereses a la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, desde el 28 de octubre de 1996 –fecha del acto determinativo de oficio cuya apelación origina las actuaciones (cfr. fs. 3)– hasta la de su propio veredicto sobre los honorarios regulados.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el remedio federal que luce a fs. 282/284, cuya concesión por el *a quo* a fs. 301 trae el asunto a conocimiento del Tribunal.

Arguye que la sentencia es arbitraria, pues el art. 61 de la Ley de Aranceles de Abogados prescribe que los intereses corren desde la mora del deudor, motivo por el cual lo decidido –al ordenar su pago desde la fecha de la resolución determinativa de oficio– se aparta del orden legal.

Reafirma que no ha existido mora de su parte en la cancelación de los honorarios regulados y que la postura adoptada ocasiona un enriquecimiento sin causa en cabeza del acreedor, en perjuicio del patrimonio del deudor. Cita en su apoyo precedentes jurisprudenciales.

– III –

Es doctrina del Tribunal que, como principio general, las cuestiones referidas a los honorarios regulados en instancias ordinarias, la determinación del interés comprometido y las bases consideradas para su fijación, así como la interpretación y aplicación de normas arancelarias, en razón de su carácter fáctico, procesal y de derecho común, son materia extraña al recurso extraordinario (Fallos: 308:881). Sin embargo, cabe la posibilidad de hacer excepción a tal regla, cuando lo decidido a su respecto es encuadrable en los supuestos de sentencias arbitrarias (Fallos: 319:1612), hipótesis que, como expongo *infra*, entiendo que se configura en el caso de autos.

– IV –

Como anticipé, es mi parecer que le asiste razón a la recurrente cuando sostiene que la sentencia no es una derivación razonada del

derecho vigente, ya que se aparta de lo preceptuado por la ley arancelaria y de la doctrina de V.E.

En efecto, en el precedente de Fallos: 318:213, el Tribunal determinó que el decisorio allí apelado, en cuanto al punto de partida de los intereses devengados por honorarios, resultaba arbitrario por no seguir el principio establecido en el art. 622 del Código Civil y en el art. 61 de la ley N° 21.839, de aranceles profesionales. Dijo la Corte, en esa oportunidad, que, en función de la finalidad resarcitoria que poseen los intereses (accesorios), ellos tienen como presupuesto la mora del deudor y sólo se devengan a partir del momento en que se configura dicha situación de retardo.

Por su parte, en Fallos: 323:2916 añadió que dicho retardo se configura –de conformidad con lo establecido por el art. 49 de la ley N° 21.839– una vez transcurridos los 30 días de notificado el auto regulatorio, en virtud de no haberse establecido un plazo menor.

En consecuencia, es desde esa oportunidad que deben computarse los accesorios y no, como se hace a fs. 277, a partir del 28 de octubre de 1996, fecha anterior, inclusive, al inicio de las tareas por las cuales se los retribuye.

A mayor abundamiento, tampoco se brinda explicación alguna sobre la disposición normativa o criterio que considera aplicable para sustentar la postura adoptada, lo cual transforma a la decisión cuestionada en una mera afirmación dogmática, sustentada en la sola voluntad de los jueces que la emiten (Fallos: 306:1850, entre otros).

Por último, resta aclarar que, en el *sub examine*, si bien el estipendio del perito contador Héctor José Preci se rige por las previsiones del decreto-ley N° 16.638/57, resulta aplicable lo explicado *supra*, pues este ordenamiento prevé que las cuestiones profesionales derivadas de actuaciones judiciales no previstas en ella expresamente, serán resueltas por aplicación analógica de las disposiciones del régimen de honorarios de abogados o procuradores, normado en la ley N° 21.839.

– V –

Por lo expuesto, estimo que cabe declarar admisible el remedio extraordinario, revocar la sentencia de fs. 277 en todo cuanto fue ma-

teria de recurso y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte una nueva de acuerdo con lo aquí dictaminado. Buenos Aires, 18 de septiembre de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Franco, Salvador Nicolás – TF 15.045-I c/ D.G.I.".

Considerando:

Que esta Corte comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de apelación (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Notifíquese y devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

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

Considerando:

1°) Que contra la resolución de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, en lo

que aquí interesa, redujo los honorarios del contador Salvador N. Franco por su actuación en causa propia (art. 161, ley 11.683) y confirmó los del perito contador Héctor José Presci, disponiendo que dichas sumas devengarían intereses a la tasa pasiva desde una fecha anterior a la iniciación de las presentes actuaciones, el Fisco Nacional obligado al pago dedujo recurso extraordinario que fue concedido.

2°) Que el *a quo* dispuso el cómputo de intereses a la tasa pasiva sobre los honorarios que determinó sin otro fundamento que la cita del art. 10 del decreto 941/91. A la hora de tratar el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, lo concedió con sustento en que se controvertía en el caso la inteligencia de esa disposición, a la que asignó naturaleza federal.

3°) Que liminarmente, corresponde señalar que la recurrente centró sus agravios en la improcedencia del cómputo de los intereses por la inexistencia de mora, cuestión que no pone en tela de juicio la interpretación del art. 10 del decreto antes citado al que sólo parece haber aludido –en atención a su contenido– a efectos de determinar la tasa a la que debían liquidarse esos accesorios. De allí que el auto de concesión del remedio federal resulte al menos ambiguo y haga de difícil comprensión la extensión con que se lo ha concedido. No obstante, debe atenderse a los planteos de la recurrente con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 314:1018 considerando 4to. y su cita).

4°) Que en cuanto al fondo del asunto y tal como lo señala el señor Procurador General, los agravios del recurrente encuentran adecuada respuesta en lo decidido en Fallos: 318:213, mayoría y disidencia de los jueces Fayt, Levene y Boggiano; 320:2756, a cuyos términos corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. En uso, el Tribunal de la facultad que le acuerda el art. 16, segunda parte, de la ley 48, se deja sin efecto el cálculo de intereses sobre los honorarios fijados en la decisión recurrida. Con costas (arts. 68 y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por la **A.F.I.P.,** representado por el Dr. **Alberto Oscar Lagares.**
Traslados contestados por **los contadores Héctor José Presci y Salvador N. Franco,** representados por el Dr. **Víctor Ariel Golberg y la Dra. Diana N. Franco (respectivamente).**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo N° 3.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación.**

INTERPAR S.A. v. BANCO POPULAR ARGENTINO S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que admitió la demanda y redujo la cuantía de la indemnización es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Procesal de la Nación).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Si bien incumbe exclusivamente a la Corte juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de arbitrariedad, no es menos cierto que ello no exime a los órganos judiciales llamados a dictar pronunciamientos de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de la arbitrariedad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Corresponde declarar la nulidad de la concesión del recurso extraordinario que no aparece debidamente fundada, al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Interpar S.A. c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ ordinario".

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que confirmó la de primera instancia que había admitido la demanda y redujo la cuantía de la indemnización, la vencida dedujo recurso extraordinario que le fue concedido.

2°) Que el *a quo* sostuvo que el remedio federal interpuesto con sustento en la arbitrariedad de su decisión sólo trasuntaba una inteli-

gencia distinta de la cuestión decidida en el pronunciamiento recurrido, insuficiente como tal para fundar el remedio federal, el que no obstante concedió pues "la solución del caso de autos comprendió una compleja trama interpretativa de hechos y de normas jurídicas, y que su tenor puede llevar a considerar objetivamente presente la lesión que se protesta existir" (sic., considerando tercero).

3°) Que el Tribunal ha resuelto repetidamente que, si bien incumbe exclusivamente a esta Corte juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de arbitrariedad, no es menos cierto que ello no exime a los órganos judiciales llamados a dictar pronunciamientos de la naturaleza antes indicada, de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento, a la luz de conocida doctrina de esta Corte, a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de la arbitrariedad (Fallos: 310:1014, 2122 y 2306; 311:527 y 1988, entre otros).

4°) Que en la presente causa, que versa sobre materias regidas por el derecho no federal, el auto de concesión no cumple con los requerimientos de la doctrina reseñada en el considerando precedente, pues a este fin resultan evidentemente insuficientes los vagos términos transcriptos en el considerando 2°, **idénticos a los empleados por el *a quo* en decisiones anteriores dejadas sin efecto por esta Corte** (ver en tal sentido, causa O.641.XXXVIII. "Obryser S.A. c/ Parques Interama S.A.", decisión del 8 de julio de 2003) (*).

(*) Dicha sentencia dice así:

OBRYSER S.A. v PARQUES INTERAMA S.A.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de julio de 2003.

Vistos los autos: "Obryser S.A. c/ Parques Interama S.A. s/ ordinario".

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que confirmó la decisión de primera instancia en cuanto había rechazado la demanda y la revocó respecto de la admisión parcial de la reconvención a la que desestimó en su totalidad, la parte actora dedujo recurso extraordinario, que fue concedido a fs. 3013.

5°) Que, en tales condiciones, la concesión del remedio federal no aparece debidamente fundada, por lo que debe declararse su nulidad al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada (Fallos: 310:1014, 1789, 2122, 2306 y 2701; 311:64; 527 y 1988; 313:934; 1303 y 1459; 315:1580; 316:2844; 319:1213; F.444.XXVI. "Franco, Marcos c/ Grey Rock Automotores S.A.C.I.I. y F.", del 24 de marzo de 1994, E.120.XXXV. "Empresa Hípica Argentina c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 26 de octubre de 1999; S.291.XXXV. "Superintendencia de Adm. de

---

2°) Que el *a quo* sostuvo que el remedio federal interpuesto con sustento en la arbitrariedad de su decisión sólo trasuntaba una inteligencia distinta de la cuestión decidida en el pronunciamiento recurrido, insuficiente como tal para fundar el remedio federal, el que no obstante concedió pues "la solución del caso de autos comprendió una compleja trama interpretativa de hechos y de normas jurídicas, y que su tenor puede llevar a considerar objetivamente presente la lesión que se protesta existir" (sic, considerando 4°).

3°) Que el Tribunal ha resuelto repetidamente que, si bien incumbe exclusivamente a esta Corte juzgar sobre la existencia o inexistencia de un supuesto de arbitrariedad, ello no exime a los órganos judiciales llamados a dictar pronunciamientos de la naturaleza antes indicada, de resolver circunstanciadamente si la apelación federal, *prima facie* valorada, cuenta respecto de cada uno de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento, a la luz de conocida doctrina de esta Corte, a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de la arbitrariedad (Fallos: 310:1014, 2122 y 2306; 311:527 y 1988, entre otros).

4°) Que en la presente causa, que versa sobre materias regidas por el derecho no federal, el auto de concesión no cumple con los requerimientos de la doctrina reseñada en el considerando precedente, pues a este fin resultan evidentemente insuficientes los vagos términos transcriptos en el considerando 2°.

5°) Que, en tales condiciones, la concesión del remedio federal no aparece debidamente fundada, por lo que debe declararse su nulidad al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada (Fallos: 310:1014, 1789, 2122, 2306 y 2701; 311:64, 527 y 1988; 313:934, 1303 y 1459; 315:1580; 316:2845; 319:1213; y causas F.444.XXVI. "Franco, Marcos c/ Grey Rock Automotores S.A.C.I.I. y F.", del 24 de marzo de 1994 y E.120.XXXV. "Empresa Hípica Argentina c/ Provincia de Buenos Aires", sentencia del 26 de octubre de 1999, entre otros).

Por ello, se declara la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario. Vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte una nueva decisión sobre el punto. Notifíquese y remítase.

CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LÓPEZ — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Previnter A.F.J.P.", decisión del 18 de noviembre de 1999; causa O.641.XXXVIII. "Obryser..." antes citada).

Por ello, se declara la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario. Vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte una nueva decisión sobre el punto. Notifíquese y remítase.

CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco Popular Argentino,** representado por el Dr. **Gustavo Javier Torassa** y con el patrocinio del Dr. **Osvaldo R. Gómez Leo.**
Traslado contestado por **Interpar S.A.,** representado por el Dr. **Carlos Alberto Muttoni** y por el **síndico concursal de la actora, contador Eduardo Rubén Pronsky.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 21.**

DANIEL FERNANDO PACCETTI v. DUVI S.A.

RIESGOS DEL TRABAJO.

La ley de Riesgos del Trabajo no contiene disposición expresa alguna que declare federal el régimen de reparaciones y regula sustancialmente sólo relaciones entre particulares –las aseguradoras de riesgos del trabajo son "entidades de derecho privado"–, por lo que de sus preceptos no aparece manifiesta la existencia de una específica finalidad federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.

Corresponde desestimar el recurso extraordinario que fracasa en su empeño por poner en evidencia el agravio supuestamente irreparable que irrogaría la postergación del trato de los cuestionamientos constitucionales referidos a la Ley de Riesgos del Trabajo, sin que modifiquen tal extremo las dogmáticas afirmaciones relativas a la existencia de gravedad institucional, carentes de un serio y concreto desarrollo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

TERCEROS.

La pretensa citación del Estado Nacional no puede basarse en que la demanda involucraría la política fiscal federal, dado que tal extremo no justifica una comunidad de controversia que suscite la intervención obligada prevista en el art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, confirmó la decisión del Tribunal del Trabajo N° 2 de la Matanza que denegó el recurso extraordinario local de nulidad (v. fs. 114/115) y, consecuentemente, desestimó la presentación directa deducida por la demandada. Para así decidir, argumentó que el fallo de la anterior instancia que rechazó la excepción de incompetencia y difirió el tratamiento de la inconstitucionalidad de determinadas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo para la ocasión de sentenciar el fondo del asunto, no reviste carácter definitivo en los términos de los artículos 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia (v. fs. 139 /140).

Contra dicha decisión, la demandada dedujo recurso extraordinario (fs. 142/153), que fue concedido por razones de celeridad y economía procesal, relativas a las particularidades del caso y a la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó criterio en torno a la validez constitucional de la ley N° 24.557 (cfse. fs. 157).

– II –

En síntesis, la empresa accionada alega que la sentencia incurre en arbitrariedad al postular la naturaleza procesal local de los ítems controvertidos –tocantes, especialmente, a trámite previo, competencia judicial y exención de responsabilidad en el marco de la ley N° 24.557– y en una denegatoria del fuero federal; amén de que le

genera un agravio de muy incierta reparación ulterior al dispensar al actor de los trámites legales previos y diferir sin los debidos fundamentos el pronunciamiento sobre constitucionalidad para la ocasión de resolver el fondo del asunto. En tal sentido, acusa que la Corte local contradice su doctrina en la materia, al tolerar que el tribunal de grado soslaye el artículo 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo, sin previamente declarar su invalidez constitucional, y postergue una definición sobre el régimen legal aplicable; máxime frente al antecedente de Fallos: 325:11, a cuyos fundamentos acude. Denuncia, asimismo, omisión de la forma del acuerdo originario y del voto individual de los jueces, con apoyo en el artículo 168 de la Ley Suprema provincial. Destaca la trascendencia del asunto al tiempo que arguye un supuesto de gravedad institucional (fs. 142/153).

– III –

El peticionario promovió demanda reclamando la reparación de una incapacidad laboral derivada de una “enfermedad – accidente”, amparándose para ello en diversos preceptos de las leyes sobre higiene y seguridad en el transporte y en el trabajo, sus respectivos decretos reglamentarios, leyes N° 11.653, 20.744 y 21.297; Código Civil y Convenio Colectivo N° 460/73 (fs. 10/33). Postuló, asimismo, la invalidez constitucional de numerosas normas de la ley N° 24.557 –entre ellas, las de los artículos 1, 6, 8, 21, 22, 39, 46 y 49– y de varias correspondientes a sus decretos reglamentarios N° 334/96 y 717/96 (fs. 40/54). También, las de los artículos 4° de la ley N° 25.561 y 5° del decreto N° 214/02 (fs. 55/58).

La accionada, a su turno, entre otras excepciones y defensas, alegó –en lo que nos ocupa– la falta de competencia del tribunal (cfse. fs. 69/93 y 96/97), dando origen al pronunciamiento de fs. 102/104, por el que se difirió, para la definitiva, el planteo de constitucionalidad deducido; al tiempo que se rechazó la procedencia del fuero federal con apoyo en diversos preceptos de rito locales y normas constitucionales de la Nación y Provincia.

Cuestionada dicha decisión mediante recurso extraordinario local de nulidad (fs. 109/112), fue desestimado con base en que el pronunciamiento que posterga tratar lo referido a la aplicación de la ley N° 24.557, no reviste carácter definitivo (v. fs. 114 /115). El recurso de

hecho intentado contra lo así resuelto (cfse. fs. 133/36), dio lugar a la sentencia en crisis (fs. 139/140).

– IV –

En primer término cuadra decir, en relación al asunto de la aptitud jurisdiccional de la justicia local para conocer en planteos como el debatido, que, en fecha reciente, V.E. tuvo ocasión de pronunciarse sobre la validez constitucional del artículo 46, apartado 1, de la ley N° 24.557, concluyendo en manera negativa a propósito de la misma (v. S.C. C N° 2605, L. XXXVIII; Castillo, Angel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A., sentencia del 07 de septiembre pasado).

Allende la índole que pudiera atribuirse al decisorio traído en queja en punto a su condición de definitivo –particularmente, a la luz de que, previo observar la regularidad constitucional de diversos preceptos de la ley N° 24.557 (L.R.T.), se citan previsiones de derecho común para fundar un reclamo dirigido contra un empleador privado– lo cierto es que aquel precedente de V.E., si bien relativo a un planteo basado en la ley especial, viene a zanjar el fondo del asunto discutido en contra de las pretensiones de la recurrente, por lo que opino que al mismo debe estarse, más aun de atenderse a las circunstancias precedentemente apuntadas.

– V –

En cuanto al segundo punto –el agravio supuestamente irreparable que irrogaría a la presentante la postergación del trato de los cuestionamientos constitucionales referidos a la Ley de Riesgos del Trabajo (aprecio que, singularmente, lo tocante a su artículo 39.1)– advierto que fracasa en su empeño por poner en evidencia la aludida circunstancia; sin que modifique tal extremo las dogmáticas afirmaciones relativas a la existencia de gravedad institucional (v. Fallos: 304:1243), carentes, por otra parte, del serio y concreto desarrollo que V.E. ha encarecido en sus precedentes (cfse. Fallos: 304:1893, etc.).

A lo anterior se añade que en la oportunidad de Fallos: 325:11, tras señalar que no es admisible una prédica en abstracto que sostenga que la ley N° 24.557 conduce inevitablemente a la concesión

de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional, rechazó, igualmente, que se examine la limitación de acceso a la vía común también en abstracto, es decir, sin conocer la cuantía del daño acaecido y de los eventuales resarcimientos, extremo imposible a esta altura del proceso, lo que viene a coincidir con lo decidido oportunamente en la instancia (cfse. fs. 109/112 y 114/115). En similar sentido, los votos de los jueces Belluscio y Maqueda –cons. 3° y 4°– y Boggiano –cons. 3° y 4°– emitidos en S.C. A. N° 2652, L. XXXVIII; Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688", sentencia del 21 de septiembre del año en curso).

– VI –

La índole no federal del agravio propuesto en relación a la supuesta inobservancia de las formalidades tocantes a las sentencias judiciales, nos exime de todo comentario sobre el asunto; máxime cuando no se advierte en la emitida originariamente en sede local los defectos que se le endilgan (v. fs. 102/04); circunstancias ambas que se añaden a lo hasta aquí expuesto. Igual conclusión procede referir respecto de las costas; materia de apreciación singularmente restringida en la instancia (v. Fallos: 323:1504; 324: 4389, etc.).

– VII –

Por lo manifestado, téngase por contestada la vista en los términos indicados. Buenos Aires, 30 de septiembre de 2004 *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Paccetti, Daniel Fernando c/ Duvi S.A. s/ enfermedad".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal a los que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con el mencionado dictamen, se desestima el recurso extraordinario interpuesto. Costas por su orden, en razón de la ausencia de réplica. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por **los letrados apoderados de la demandada, Dres. Marcela A. Longhi y Marcelo M. Mac Kenzie.**
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal del Trabajo N° 2 del Departamento Judicial de La Matanza, Provincia de Buenos Aires.**

EMMA SONIA DEL VALLE GONZALEZ Y OTROS
v. CONSIGNACIONES RURALES S.A.

RIESGOS DEL TRABAJO.

Con el régimen de la ley 24.557 el legislador procedió válidamente al instaurar un sistema específico para la reparación de los daños del trabajo, separado del régimen general de responsabilidad por daños regulado en el Código Civil, sin que resulte admisible una prédica en abstracto por la que se sostenga que el dispositivo impugnado conduce inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Gravamen.

Es un presupuesto inexcusable del apelante acreditar de su parte la concreción del gravamen que pretende revertir, desde que los jueces sólo están para dirimir conflictos concretos y no para verter enunciaciones generales y abstractas.
–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 del Trabajo (Sala VII), denegó el recurso extraordinario de la accionada con sustento en la falta de introducción oportuna de la cuestión federal, en los términos establecidos en los artículos 14 y 15 de la ley N° 48 (fs. 482/483).

Contra dicha resolución, se alza en queja la interesada por razones que, en sustancia, reproducen las expuestas en el principal (v. fs. 81/90 del cuaderno de queja).

– II –

En lo que aquí interesa, la *ad quem* revocó la decisión de la anterior instancia (v. fs. 403/404), y, previo declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 39, ítem 1°, de la ley N° 24.557, condenó a Consignaciones Rurales S.A. a reparar los daños y perjuicios emergentes del infortunio que le costara la vida al cónyuge y progenitor de los accionantes, respectivamente, con fundamento esencial en la preceptiva del artículo 1113 del Código Civil.

Para así decidir, en síntesis, arguyó que: a) la normativa en examen discrimina sin un fundamento razonable a los trabajadores en relación de dependencia, lo que contradice los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional y demás previsiones internacionales concordantes; y, b) la accionada soslayó lo establecido, entre otras disposiciones, por los artículos 8 de la ley N° 19.587 y 200, 205, 208 a 210 y 213 del decreto N° 351/79, incurriendo, en definitiva, en negligencia en la provisión y contralor de la entrega, condiciones y utilización de los elementos de resguardo y seguridad personal del dependiente (fs. 449/462).

Contra dicha decisión, la demandada dedujo recurso extraordinario (fs. 466/471), que fue contestado (fs. 474/ 480) y denegado –reitero– a fs. 482/483, dando origen a esta presentación directa.

– III –

Aduce la quejosa que el tema debatido encuadra en las previsiones del artículo 14, inciso 1°, de la ley N° 48, por cuanto el tribunal ha fallado contra la validez de los artículos 1, inciso 1°, y 39, inciso 1°, de la ley N° 24.557, vulnerando, de ese modo, las garantías de los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Suprema e incurriendo, asimismo, en una hipótesis de arbitrariedad.

En concreto, manifiesta que la sentencia: a) da por supuesto que el régimen de reparación basado en la normativa civil resulta más favorable que el derivado de la aplicación integral de la Ley de Riesgos del Trabajo; b) descarta la razonabilidad de la distinción formulada en orden a los trabajadores en relación de dependencia, dirigida a atender la índole particular de los riesgos generados en ese ámbito; c) omite verificar una comparación global de ambos sistemas que objetive, sobre la base de datos concretos, la discriminación declarada; y, d) soslaya que la política legislativa en materia de protección de riesgos del trabajo no encuentra un límite constitucional en la formulación del régimen reparatorio civil (fs. 466/471).

– IV –

Previo a todo, procede decir que, sin perjuicio de que la aclaración efectuada en el acápite I.– a) del acuerdo de cumplimiento de la sentencia acompañado a fs. 517/518 puede entenderse como una reserva en orden a la ulterior interposición de un recurso de hecho, lo cierto es que los depósitos posteriores de fs. 533/534; 555/556; 563 /564; 590/591 y 681/I–682/I, realizados todos en concepto de pago del capital adeudado sin hacer reserva alguna respecto a la continuación del trámite de la queja, importan a tal efecto una renuncia o desistimiento tácito del recurso, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 873, 915 y 918 del Código Civil (Fallos: 315:1940; 317:1154; 319:1141; 323:285; 324:697, etc.). En tales condiciones, devendría inoficioso dictar pronunciamiento por haberse tornado abstracta la cuestión debatida; la que no es ocioso decirlo, se reduce aquí a la regularidad constitucional de los artículos 1, inciso 1°, y 39, inciso 1°, de la ley N° 24.557, toda vez que la quejosa ha consentido las conclusiones de la alzada en el sentido de que la muerte del dependiente, cuya reparación persiguen aquí su cónyuge y los seis hijos de la pareja, devino como consecuencia de diversos incumplimientos al sistema normativo en materia de higiene

y seguridad en el trabajo, imputables, en definitiva, a la propia firma empleadora.

– V –

Para el supuesto de que V.E. no entendiese que la aludida conducta encuadre, en el supuesto de autos, en la referida doctrina, interesa destacar que la cuestión debatida fue, en lo esencial, examinada en la oportunidad de Fallos: 325:11 (La defensa de la constitucionalidad de los preceptos invalidados en las ocasiones de fs. 89 vta./90 y 425/428 –contestación de la demanda y de la expresión de agravios– y la jurisprudencia de Fallos: 324:1335; 325:428, etc. en orden al caso federal, y de Fallos: 324:547, 1295, 1344, 1884 y 325:1014, etc., a propósito de la arbitrariedad, autorizan a desechar el criterio de la *ad quem* en torno a la oportunidad del planteo –fs. 482/483–).

Consideró allí, sustancialmente, esa Corte, con apoyo en un nutrido orden de razones, que el legislador procedió válidamente al instaurar un sistema específico para la reparación de los daños del trabajo, separado del régimen general de responsabilidad por daños regulado en el Código Civil, sin que resulte admisible una prédica en abstracto por la que se sostenga que el dispositivo impugnado conduce inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional (v. Fallos: 325:11).

La crítica de la recurrente, entre otros ítems, se dirige precisamente a resaltar que la alzada ha incurrido en tal defecto al dar por supuesto que el régimen de reparaciones basado en la normativa civil resulta más favorable que el instrumentado en la ley N° 24.557. Dicho en otros términos, asevera que ha prejuzgado sobre la existencia de un menoscabo sustancial de garantías como las previstas en los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema, omitiendo llevar adelante una comparación global de ambos sistemas que, en su caso, posibilite objetivar, en base a elementos concretos, la discriminación alegada por la actora.

En mi parecer, empero, la mencionada crítica no puede prosperar, desde que, paradójicamente, tratándose, en definitiva, la esgrimida de una imputación de dogmatismo que invalidaría la actividad jurisdiccional, ella es, en sí misma, sustancialmente dogmática, en tanto que, en un plano en el que se debate, incluso, en torno al régimen de la

ley N° 24.557 en su versión original –es decir, anterior a la incorporación de prestaciones como la del artículo 11, apartado 4. b), y modificaciones como la instrumentada en el artículo 15, apartado 2., párrafo 2°, *in fine*, en ambos casos, por el decreto N° 1278/00 (v. art. 18, ap. 1)– la quejosa se abstiene de evidenciar, mediante el correspondiente cotejo de sistemas, la existencia de una relación entre los mismos que sitúe al de la ley N° 24.557 a resguardo de la tacha de discriminación que se le endilga, defecto que, por ende, en el marco de la teoría recursiva, torna a su vez inválido el recurso ejercido, ya que es un presupuesto inexcusable del apelante acreditar de su parte la concreción del gravamen que pretende revertir, desde que los jueces sólo están para dirimir conflictos concretos y no para verter enunciaciones generales y abstractas; máxime en un caso como el que nos ocupa donde entraría en juego la efectiva compensación de la familia de un damnificado fatal de un infortunio laboral en el que –como ya se dijo– hay cosa juzgada acerca de la efectiva responsabilidad del recurrente.

Dicho déficit se encarece tan pronto se advierte que, en este caso, a diferencia del precedente de Fallos: 325:11, la naturaleza fatal del infortunio y el estado del juicio, posibilitaban la ponderación concreta de las supuestas ventajas comparativas del régimen de la ley N° 24.557 respecto del de la ley civil, que, por no haberse llegado a sustanciar la demanda por incapacidad en el supuesto del antecedente, no fue factible en ocasión del mismo; ponderación –insisto– de la que en este supuesto particular la quejosa reprochablemente se abstuvo.

En razón de lo expuesto, y sin perjuicio de la índole eventualmente federal del asunto, estimo que corresponde desestimar la presentación directa de la parte accionada. Buenos Aires, 28 de agosto de 2003. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa González, Emma Sonia del Valle por sí y en representación de sus hijos menores c/ Consignaciones Rurales S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusión expuestos en el punto V del dictamen del señor Procurador Fiscal que antecede, a los que remite *brevitatis causa*.

Por ello, se desestima la queja y se da por perdido el depósito (fs. 1). Hágase saber, devuélvase el expediente principal y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Consignaciones Rurales S.A.,** representada por **el Dr. Wenceslao Adolfo Galli.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 65.**

ANTONIO ALBERTO ACERBO v. BANCO DEL CHUBUT S.A. Y OTRA

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

La concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial y el instituto debe ser apreciado con suma prudencia, no existiendo restricciones legales para concederlo en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

Corresponde denegar el beneficio de litigar sin gastos si los elementos de prueba agregados resultan insuficientes para verificar razonablemente si el caso encuadra en el supuesto que autoriza el otorgamiento del mismo.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

El elevado monto por el que se reclamó no es razón suficiente por sí sola para que se conceda el beneficio de litigar sin gastos, ya que ese único motivo no puede

definir el caso y el peticionario no debe ser exonerado de los riesgos propios de la cuestión frente a la falta de prueba concluyente sobre su situación económica.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos: Para resolver sobre el pedido de beneficio de litigar sin gastos efectuado a fs. 4/6.

Considerando:

1°) Que el actor promueve este incidente a fin de que se le conceda el beneficio de litigar sin gastos previsto por los arts. 78 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para hacerlo valer en la demanda iniciada contra el Banco del Chubut (sucursal Buenos Aires) y contra la Provincia del Chubut, con el objeto de que le sean devueltas las sumas depositadas a plazo fijo, cuyo monto asciende a la suma de U$S 1.141.260,28. A fs. 61/62 se presenta el Banco del Chubut S.A. y se opone a la concesión en los términos que indica. Corrido el traslado de ley, a fs. 160 la Provincia del Chubut se opone por las razones que allí aduce.

2°) Que, como lo ha decidido este Tribunal en reiteradas oportunidades, la concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial; y el instituto en examen debe ser apreciado con suma prudencia, no existen restricciones legales para concederlo en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas.

3°) Que los elementos de prueba agregados en autos resultan insuficientes para verificar razonablemente si el caso encuadra en el supuesto que autoriza el otorgamiento del beneficio.

4°) Que, en efecto, de la contestación del oficio librado al Registro de la Propiedad Inmueble se desprende que Antonio Alberto Acerbo y su esposa eran propietarios del inmueble sito en Av. del Libertador 4780/4782 entre las calles Maure y Jorge Newbery, unidad seis que

comprende los pisos tercero y cuarto, el que posteriormente fue transferido por el matrimonio a la sociedad Acerbo Sociedad Anónima Comercial Industrial Financiera e Inmobiliaria.

Asimismo, de los informes registrales obrantes a fs. 36 y 116, respectivamente, surge que el actor posee un automóvil marca Mercedes Benz A 160, modelo 1999, dominio CVV 896.

Por lo demás, de las declaraciones de fs. 28/30 se desprende que el actor era un importante empresario de la construcción que gozaba de una sólida posición económica.

5°) Que en virtud de la prueba hasta aquí reseñada, el actor no ha podido demostrar en forma fehaciente la afectación sufrida en su nivel de vida.

6°) Que, finalmente, es dable aclarar que el elevado monto por el que se reclamó no es razón suficiente por sí sola para que se conceda el beneficio; en efecto, ese único motivo no puede definir el caso y el peticionario no debe ser exonerado de los riesgos propios de la cuestión frente a la falta de prueba concluyente sobre su situación económica.

Por ello y oído el representante del Fisco, se resuelve: Denegar el beneficio de litigar sin gastos solicitado (art. 82 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Con costas. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Demanda originaria (incidente sobre beneficio de litigar sin gastos) iniciada por **Antonio Alberto Acerbo**, representado por **su letrado apoderado Jorge Horacio Gosende.**

Nombre de la parte demandada: **Provincia del Chubut**, representada por **su letrada apoderada la doctora María Alejandra Ahmad; y el Banco del Chubut S.A.,** representado por **sus letrados apoderada y patrocinante, los doctores Sandra Elisabeth Braillard y Rodolfo Alejo Merlino.**

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Corresponde hacer lugar al pedido de declaración de caducidad de instancia si entre la fecha en que se ordenó correr traslado de la demanda y la oportunidad en la que se suscribió el oficio correspondiente –última actuación que impulsó el procedimiento–, transcurrieron los tres meses establecidos en el texto del art. 310, inc. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Al oficio que fue presentado a la firma pero que fue observado no se le puede reconocer la eficacia interruptiva que pretende atribuirle la actora, ya que sólo cabe asignarle esa característica a aquellos que materializan actuaciones judiciales concretas que impulsan el proceso al estado de dictar sentencia.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

El proyecto de oficio de traslado de demanda cuya copia lleva el sello del Tribunal y que fue oportunamente observado, debe ser considerado como acto interruptivo de la caducidad en virtud de que tal conducta demuestra la voluntad de la parte actora de mantener vivo el proceso (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Por ser la caducidad de la 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 ritualistamente el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 73 se presenta la Provincia de Mendoza, por medio de apoderado, y solicita que se decrete la caducidad de la instancia sobre

la base de considerar que desde el 11 de febrero de 2002 –oportunidad en que se ordenó el traslado de la demanda– hasta el 16 de mayo de 2002 –fecha en que se firmó el oficio de notificación– ha transcurrido el plazo previsto en el art. 310, inc. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual resulta aplicable dado que era el que regía en el momento en el que se operó la perención planteada.

Corrido el traslado pertinente, la actora se opone por las razones que expone a fs. 76/81.

2°) Que en primer término corresponde señalar que el plazo de caducidad previsto en el texto entonces vigente del art. 310 inc. 2° citado, era de tres meses para los juicios sumarios, y que al haber sido ese el trámite impreso al presente caso, es en dicho plazo en el que debe juzgarse si la actora realizó actos impulsorios que justifiquen el rechazo del incidente. Ello es así pues la norma procesal aplicable en ese período es la que le imponía el tiempo dentro del cual debía cumplir con la carga de impulsar el procedimiento (Fallos: 326:4197 y su cita).

Frente a las defensas planteadas es necesario también indicar que el incidente ha sido promovido en forma oportuna, en la medida en que la provincia lo opuso en su primera intervención en el juicio y en el plazo correspondiente (art. 315, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 256:142; 277:202; 316:329). En efecto, notificada del traslado de la demanda el 3 de septiembre de 2002, efectuó el planteo el 9 del mismo mes y año, es decir al cuarto día hábil de la realización de ese acto (ver fs. 73 vta., 111 y 112).

3°) Que, sentado ello, el incidente debe prosperar, dado que entre el 11 de febrero de 2002 –fecha en que se ordenó correr traslado de la demanda– y el 16 de mayo del mismo año –oportunidad en la que se suscribió el oficio correspondiente, y última actuación que impulsó el procedimiento– transcurrieron los tres meses ya indicados.

No es óbice a lo expuesto la actuación que se intenta hacer valer a fs. 78, en lo que respecta al oficio que fue presentado a la firma en el mes de marzo del año referido, toda vez que al haber sido observado no se le puede reconocer la eficacia interruptiva que pretende atribuirle la actora. Sólo cabe asignarle esa característica a aquellos que materializan actuaciones judiciales concretas que impulsan el proce-

so al estado de dictar sentencia, condición que no reúne el antedicho (confr. Fallos: 326:4197 y arg. causas I.67.XXIV "Isoird, Carlos A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ sumario", sentencia del 22 de febrero de 1994; C.50.XXIV "Cámara Argentina de Sociedades de Ahorro Previo c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad", pronunciamiento del 24 de mayo de 1994).

Por ello, se resuelve: Hacer lugar al pedido de declaración de caducidad de instancia. Con costas (arts. 68 y 73, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON JUAN CARLOS MAQUEDA, DON E. RAÚL ZAFFARONI,
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

1°) Que a fs. 73 se presenta la Provincia de Mendoza, por medio de apoderado, y solicita que se decrete la caducidad de la instancia sobre la base de considerar que desde el 11 de febrero de 2002 –oportunidad en que se ordenó el traslado de la demanda– hasta el 16 de mayo de 2002 –fecha en que se libró el oficio de notificación– ha transcurrido el plazo de tres meses que establecía el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 310, inc. 2° y que era el que regía en ese momento.

Corrido el traslado pertinente, la actora se opone por las razones que expone a fs. 76/81.

2°) Que la inactividad procesal como presupuesto indispensable para que se opere la caducidad, consiste en la falta de ejecución de actos de la parte, por lo que tienen efecto interruptivo aquellos que se cumplen con el fin de llevar adelante el proceso.

3°) Que en las presentes actuaciones el proyecto de oficio de traslado de demanda presentado el 14 de marzo de 2002, cuya copia lleva el sello del Tribunal (ver fs. 77) y que fue oportunamente observado, debe ser considerado como acto interruptivo de la caducidad en virtud de que tal conducta demuestra la voluntad de la parte actora de mantener vivo el proceso. Por lo tanto, toda vez que desde entonces hasta el 16 de mayo de 2002 –fecha en que se libró el nuevo oficio presentado (ver fs. 109)– no transcurrió el plazo que preveía el art. 310, inc. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su antigua redacción, corresponde rechazar el pedido efectuado por el Estado local.

4°) Que, a mayor abundamiento, cabe reiterar aquí la conocida jurisprudencia de esta Corte según la cual, por ser la caducidad de la 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 ritualistamente el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio (conf. Fallos: 308:2219; 319:1024, entre otros).

Por ello, se resuelve: Desestimar el pedido de caducidad de instancia planteado. Con costas por su orden, toda vez que la parte demandada pudo creerse con derecho a plantear el incidente. Notifíquese.

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

Demanda originaria presentada por **Autotransportes Andesmar,** representada por los Dres. **Ernesto Alberto Marcer y Diego Badaloni Giner,** con el patrocinio del Dr. **Raúl Baglini.**
Traslado contestado por **la Provincia de Mendoza,** representada por los Dres. **Tomás A. Catapano Coria y María Laura Fischer.**

ROBERTO HORACIO ANDRADA Y OTROS
v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley o alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como una *ultima ratio* del orden jurídico.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

El control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al estudio de la compatibilidad de la norma con las disposiciones de la Ley Fundamental entendidas como un conjunto armónico, dentro del cual cada parte ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás y no en forma aislada e inconexa.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Interés para impugnar la constitucionalidad.

El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente en qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Interés para impugnar la constitucionalidad.

Corresponde rechazar la tacha de inconstitucionalidad del art. 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si el planteo carece de la debida fundamentación por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico, cierto y efectivo, al incurrir en afirmaciones dogmáticas, sin lograr acreditar y demostrar en forma fehaciente cuáles son los derechos o garantías de raigambre constitucional vulnerados.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

V.E. corre vista a este Ministerio Público, a fojas 84, con motivo del planteo de inconstitucionalidad efectuado por la parte actora respecto de lo normado por el artículo 84, tercer párrafo del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, al que tacha de infraconstitucional.

En dicho contexto sostiene la parte, que el párrafo cuya invalidez ataca, impone una carga adicional dificultosa de probar, respecto de

lo que es la esencia del instituto, cual es acreditar la insuficiencia de recursos permitiendo la defensa de la persona y sus derechos.

Refiere que el artículo 78 tiene raigambre constitucional en los artículos 18 y 33 de nuestra Carta Magna, que aseguran el debido proceso, garantizando el acceso a la jurisdicción, en forma independiente de los recursos económicos del justiciable, y en tal sentido señala, que existe una evidente contradicción entre dicha norma y la del artículo 84, tercer párrafo, de menor jerarquía, que cercena la garantía fundamental que inspira la norma citada en primer termino, y que es su *ratio legis* –v. fs. 9–.

– II –

V.E. ha sostenido, en forma reiterada, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la *ultima ratio* del orden jurídico, a la que solo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, y que es un acto de suma gravedad institucional pues las leyes, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente reitero, cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

En dicho contexto, considero, que los planteos efectuados por la parte, en el escrito de fojas 9, cuyo traslado se confiere, carecen de un sustento fáctico y jurídico, cierto y efectivo, al incurrir en afirmaciones dogmáticas cuando cita normas constitucionales que considera supuestamente vulneradas por el párrafo cuya inconstitucionalidad pretende, aunque sin fundamentar con el rigor que es menester por qué se configuraría dicha tacha.

Tampoco señala el quejoso los agravios y gravámenes concretos que dicha normativa le provocan en el marco de las actuaciones en que me dirijo, o su incidencia en la causa principal, que logren acreditar y demostrar en forma fehaciente, cuáles son los derechos o garantías efectivos de raigambre constitucional que vulneró el párrafo de la norma procesal, cuya inconstitucionalidad sostiene como dijo, infundadamente.

En tal sentido, cabe señalar que V.E. ha manifestado reiteradamente que la escueta y genérica alegación de la inconstitucionalidad, no es suficiente para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia, por lo que no corresponde a los jueces sustituir al Parlamento, dado que el control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con la disposición de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto –v. Fallos: 312:122–.

Por lo expuesto, opino, que V.E. debe rechazar el planteo de inconstitucionalidad peticionado a fojas 9, por estar huérfano de la fundamentación debida. Buenos Aires, 20 de mayo de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 9 la parte actora plantea la inconstitucionalidad de lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por considerar que impone una carga dificultosa, la más de las veces de probanza adicional a lo que es la esencia del instituto: acreditar la insuficiencia de recursos permitiendo la defensa de las personas y sus derechos.

Manifiesta que el párrafo cuya inconstitucionalidad pretende que se declare, contradice el art. 78 del código citado, que tiene fundamento en los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional y cercena de esa manera la garantía fundamental de asegurar el debido proceso garantizando el acceso a la jurisdicción independientemente de los recursos económicos del justiciable.

2°) Que en primer término cabe señalar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como una *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 288:325; 292:190; 302:457).

3°) Que, sentado ello, cabe destacar que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos: 300:642, 700; 312:122), sino que debe limitarse al estudio de la compatibilidad de la norma con las disposiciones de la Ley Fundamental entendidas como un conjunto armónico, dentro del cual cada parte ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás y no en forma aislada e inconexa (Fallos: 296:432; 305:1847; 312:122).

4°) Que esta Corte ha considerado que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente en qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (Fallos: 302:1666; 310:211).

5°) Que sobre la base de los conceptos expuestos se advierte que el planteo efectuado por la actora carece de la debida fundamentación por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico, cierto y efectivo, al incurrir en afirmaciones dogmáticas cuando cita normas constitucionales que considera supuestamente vulneradas por el párrafo que impugna, sin lograr acreditar y demostrar en forma fehaciente cuáles son los derechos o garantías de raigambre constitucional vulnerados.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal se resuelve: Rechazar el planteo de fs. 9. Sin imposición de costas por no haber mediado sustanciación. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Nombre del actor: **Luis Alberto Andrada,** letrado apoderado **Dr. Miguel Teitelbaum.**

MARCELO OVIDIO BADARO
v. PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Para que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, o sea, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Para discernir la competencia de la Corte Suprema, la calidad de parte de la provincia debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de la competencia originaria del Tribunal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

La provincia no integra la relación jurídica sustancial en que se apoya la pretensión, toda vez que el actor no invoca haber sido afectado por acto u omisión de alguno de los órganos o dependientes del Registro de la Propiedad Inmueble del estado local, sino que se agravia ante el presunto desconocimiento de su derecho real de dominio y del título que posee por parte de una empresa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ESCRIBANO PUBLICO.

Los escribanos son profesionales del derecho afectados a una actividad privada, con atributos que en parte los equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas, pero no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Respecto de los escribanos no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan demandar a las provincias por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integran, no están sometidos a un régimen de subordinación jerárquica, ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración.
–Del dictamen de la Procuración General, la que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, establecida por el art. 117 de la Constitución Nacional, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, la que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Marcelo Ovidio Badaro, quien denuncia tener su domicilio en la Capital Federal, promueve acción declarativa de certeza, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santiago del Estero, a fin de obtener que se declare la legalidad y vigencia de la inscripción de dominio N° 05-2373, que se efectuó en el Registro de la Propiedad local, de la escritura N° 70, pasada ante escribano público, en la ciudad de Río Hondo, mediante la cual compró a Hispanagro S.A. el establecimiento denominado “Huyumampa”, del Distrito “Palos Quemados” del Departamento “Banda”, Fracción “B” (v. fs. 8/9), del que ostenta la posesión y el certificado de dominio.

Indica que luego de un año de realizada esa transacción, la empresa vendedora inició en su contra una demanda judicial, con el objeto de obtener la nulidad de la operación, con fundamento en que en la escritura matriz, agregada al protocolo del notario antes referido, las firmas estaban “tachadas” y abajo figuraba la palabra “anulada”.

Por lo tanto, deduce su pretensión para obtener certeza sobre su derecho real de dominio y el título que posee, ya que éste –que es exclusivo– se encuentra menoscabado por un estado de duda que afecta su pleno ejercicio, por lo que solicita que se declare que el título es perfecto y que los hechos descriptos en nada modifican la validez de la inscripción registral, ni su titularidad.

A fs. 16 y 18 vta., se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, o sea, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 308:2621; 314:405; 321:2751; 322:2370), pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de la competencia originaria de la Corte.

Sentado ello, advierto que en el *sub lite*, como surge de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe estar de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, no se cumple con el recaudo señalado, dado que la Provincia de Santiago del Estero no integra la relación jurídica sustancial en que se apoya la pretensión, toda vez que el actor no invoca haber sido afectado por acto u omisión de alguno de los órganos o dependientes del Registro de la Propiedad Inmueble de dicho Estado local, sino que se agravia ante el presunto desconocimiento de su derecho real de dominio y del título que posee por parte de Hispanagro S.A..

No es óbice a lo expuesto la pretensión de atribuirle a la Provincia la actuación del escribano público que intervino, puesto que es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos,

vinculados al comercio jurídico privado dan fe de esas relaciones privadas, pero no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos. Esto es, no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan demandarla por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración (Fallos: 306:2030).

Además, es preciso indicar que el planteo de una acción declarativa de certeza como la que aquí pretende el actor, necesariamente dependerá del resultado que se obtenga en el juicio que se debata la nulidad de la escritura pública y de la venta del inmueble, a los efectos de determinar una eventual responsabilidad del Estado local, sea por su actividad lícita o por "error registral".

Por ello, considero que no es posible afirmar que la Provincia de Santiago del Estero sea "parte" en los términos de la doctrina del Tribunal, citada *ut supra*, dado que, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión a resolver, no se advierte que tenga un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica.

En tales condiciones, y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 312:640; 318:1361; 322:813), opino que el proceso resulta ajeno a esta instancia. Buenos Aires, 8 de marzo de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitirse a fin 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.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Demanda originaria presentada por **Marcelo Ovidio Badaro.**
Letrado patrocinante: **Dr. Raúl Alejo Baca Castex.**

COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION S.A.
v. PROVINCIA DE ENTRE RIOS

CUESTION ABSTRACTA.

Si el decreto 1833/03 de Entre Ríos revocó la obligación establecida por la ley local 9382, consistente en aceptar como medio de pago o de cancelación de obligaciones devengadas las Letras de Tesorería para Cancelación de Obligaciones del Estado provincial, cuya alegada inconstitucionalidad constituía la razón del expediente, el proceso carece de objeto actual, lo que obsta a cualquier consideración de la Corte en la medida en que le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos.

COSTAS: Resultado del litigio.

Corresponde imponer las costas a la provincia si fue el dictado de la ley tachada de inconstitucional el que motivó la promoción del juicio (arts. 68 y 69, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que obste a esta conclusión lo dispuesto en el art. 3° de la ley 9576 de Entre Ríos, toda vez que las consecuencias del acogimiento al régimen de regularización no alcanzan a la decisión sobre las costas por la actuación en una causa correspondiente a la instancia originaria de esta Corte.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 633/634 la actora solicita que se declare que su pretensión ha devenido abstracta en razón del dictado del decreto del

Poder Ejecutivo provincial 1833/03 y de la ley local 9576; pide asimismo que se impongan las costas a la demandada de acuerdo a lo establecido en el art. 73, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Corrido el traslado pertinente, la Provincia de Entre Ríos expresa que la cuestión constitucional planteada carece de litigiosidad, mas postula que las costas deben ser distribuidas por su orden, dado que el voluntario acogimiento de la demandante al régimen de regularización impositivo regulado en la ley mencionada conlleva el reconocimiento del derecho provincial en debate en este expediente, de acuerdo a lo dispuesto en su art. 3°.

2°) Que el decreto mencionado ha revocado la obligación establecida por la ley 9382, consistente en aceptar como medio de pago o de cancelación de obligaciones devengadas las Letras de Tesorería para Cancelación de Obligaciones del Estado provincial, cuya alegada inconstitucionalidad constituía la razón de este expediente; y por medio de la ley 9576 fueron condonadas las deudas por multas derivadas del incumplimiento del régimen descripto.

3°) Que, en consecuencia, este proceso carece de objeto actual, lo que obsta a cualquier consideración de la Corte en la medida en que le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos (Fallos: 320:2603 y 322: 1436, entre muchos otros).

4°) Que las costas deben ser soportadas por la demandada, toda vez que fue el dictado de la ley tachada de inconstitucional el que motivó la promoción del juicio (arts. 68 y 69, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 324:379 y E.424.XXXVIII "Embotelladora del Atlántico S.A. (EDASA) c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa", pronunciamiento del 23 de marzo de 2004).

No obsta a esta conclusión lo dispuesto en el art. 3° de la ley 9576, toda vez que las consecuencias del acogimiento al régimen de regularización están inequívocamente limitadas a las ejecuciones fiscales promovidas en sede provincial, como con nitidez surge de lo previsto, para este caso en especial, por el art. 17, párrafo final, de dicho texto normativo, sin alcanzar sus efectos a la decisión sobre las costas por la actuación en una causa correspondiente a la instancia originaria de esta Corte.

Por ello, se resuelve: Declarar abstracta la cuestión planteada. Las costas se imponen a la demandada. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Profesionales intervinientes **Dres. José Emilio Arias y Pablo C. Germain.**

RUBEN ESTEBAN DIAZ Y OTRO V. PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

A efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

A los fines de discernir la competencia originaria de la Corte Suprema, la calidad de parte de la provincia debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de la instancia originaria.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

La demanda de daños y perjuicios sufridos a raíz de la paliza que la hija de los actores recibió de una alumna en un establecimiento educativo durante el horario escolar, dirigida contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, es ajena a la competencia originaria de la Corte Su-

prema, pues la demandada es un ente autárquico con individualidad jurídica y funcional, que no se identifica con el Estado local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, establecida por el art. 117 de la Constitución Nacional, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Rubén Esteban Díaz y Rosa Esther García, ambos con domicilio en la Provincia de Buenos Aires, por derecho propio y en representación de su hija menor –B. E. D.–, promovieron demanda, ante la Justicia Nacional en lo Civil, contra la Escuela N° 25 "Paula Albarracín", contra Cristina Montes, contra Luis Ernesto Medina y Marcela Beatriz Rinaldi, estos dos últimos en su carácter de padres de la menor D. G. M., todos con domicilio en ese Estado local, y contra Caja de Seguros S.A., con domicilio en la Capital Federal, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la paliza que su hija recibió de una alumna de aquel establecimiento educativo durante el horario escolar.

Responsabilizaron a los demandados por la omisión en que incurrieron en el ejercicio de la función de vigilancia a los efectos de evitar el hecho acaecido, con fundamento en los arts. 512, 1109, 1113 –primera parte–, 1114, 1117 y 1198 del Código Civil.

Asimismo, solicitaron que se los intime a denunciar si existe cobertura por responsabilidad civil y, en su caso, se cite en garantía a quien corresponda, en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

A fs. 149, denunciaron nuevo domicilio real sito en la Capital Federal.

A fs. 206/208, se presentó la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires y opuso excepción de incompetencia debido a que se trata de un hecho que aconteció en territorio de la Provincia y, además, porque el litigio se suscita entre la Dirección General de Escuelas y Cultura y sus propios vecinos. Por lo tanto, sostuvo que la causa debía tramitar ante los jueces provinciales.

Los actores enderezaron la demanda contra la Dirección de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 223), quien se presentó a fs. 270/277 y mantuvo la defensa opuesta con anterioridad por la Fiscalía.

A fs. 342, el Juez se declaró incompetente para entender en el proceso, de conformidad con el dictamen del Fiscal (v. fs. 341), por considerar que éste corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al estar demandada una Provincia, en una causa civil y tener los actores distinta vecindad, como surge de fs. 149 y 295.

A fs. 354, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 308:2621; 314:405; 321:2751; 322:2370), pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de esa instancia originaria.

En mérito a lo señalado, entiendo que ese requisito, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión de competencia bajo examen, no se encuentra cumplido en autos.

En efecto, de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe estar de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, se desprende que los actores dirigen su pretensión contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires quien, según lo previsto en el art. 201 de la Constitución Provincial y en el art. 26 de la ley 11.612, de Educación, es un ente autárquico con individualidad jurídica y funcional, que no se identifica con ese Estado local (Fallos: 316:2705 y sus citas; 323:3542, entre otros).

En consecuencia, al no aparecer la Provincia de Buenos Aires como titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, entiendo que no cabe tenerla como parte sustancial en la litis (Fallos: 317:980; 318:1361).

En tales condiciones y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 312:640; 318:1361; 322:813, entre otros), opino que el pleito resulta ajeno a esta instancia. Buenos Aires, 6 de abril de 2005. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitirse a fin 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.

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

Nombre de la actora: **Rubén Esteban Díaz y Rosa Esther García.** Letrada apoderada: **Dra. Marcela A. Rodríguez.** Letrado patrocinante: **Dr. Gonzalo F. Sánchez Gómez.**
Nombre de los demandados: **Caja de Seguros S.A.** Letrado apoderado: **Dr. Leandro M. West.** Letrado patrocinante: **Dr. Jorge E. Michelson Irusta.**
Letrada apoderada de la Provincia de Buenos Aires: Dra. Marta Julia Martínez.
Letrado apoderado de Cristina Carmen Montes: Dr. Rubén Carlos Sartirana.
Letrado patrocinante de Marcela Beatriz Rinaldi: Dr. Marcelo Fabián Mignone.

ECOMAD CONSTRUCCIONES PORTUARIAS S.A.C.I.F.I.
v. PROVINCIA DEL CHUBUT Y OTRO

INTERESES: Liquidación. Tipo de intereses.

El pago parcial de los honorarios obsta a que se aplique la disposición contenida en el art. 58 de la ley 25.725, pues aun si se considerase por vía de hipótesis que dichos emolumentos debieron ser pagados en el marco de la consolidación, al haber sido afrontados en efectivo, ello impide la aplicación del régimen legal invocado.

INTERESES: Liquidación. Tipo de intereses.

Es inaplicable la disposición contenida en el art. 58 de la ley 25.725, si los intereses que se reclaman encuentran su causa o título en la mora en la que ha incurrido el Estado Nacional en el cumplimiento de su obligación de pagar los honorarios adeudados (arts. 49 y 61, ley 21.839 y art. 509, Código Civil), la que se configuró con posterioridad a las fechas de corte contempladas en la norma aludida (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que a fs. 250 y 257 el Estado Nacional pretende que se aplique la disposición contenida en el art. 58 de la ley 25.725, a lo que se opone el interesado por las razones que indica en sus presentaciones de fs. 251/252 y 262/263.

Que el pago parcial de los honorarios obsta al planteo que formula el Estado Nacional, toda vez que aun si se considerase por vía de hipótesis que dichos emolumentos debieron ser pagados en el marco de la consolidación, lo cierto es que fueron afrontados en efectivo, extremo que impide la aplicación del régimen legal invocado (arg. Fallos: 324:155).

Por ello, se resuelve: Rechazar el planteo efectuado a fs. 250 y 260. Con costas (arts. 68 y 69 segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco (*según su voto*) — Ricardo Luis Lorenzetti.

Voto de la señora ministra doctora doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

Que a fs. 250 y 257 el Estado Nacional pretende que se aplique la disposición contenida en el art. 58 de la ley 25.725, a lo que se opone el interesado por las razones que indica en sus presentaciones de fs. 251/252 y 262/263.

Que la norma invocada no resulta aplicable, pues en ella se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2001 la fecha de consolidación de

obligaciones de carácter no previsional, vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991, a las que se refiere el art. 13 de la ley 25.344.

De tal manera, resulta inaplicable en la especie, pues los intereses que se reclaman encuentran su causa o título en la mora en la que ha incurrido el Estado Nacional en el cumplimiento de su obligación de pagar los honorarios adeudados (arts. 49 y 61, ley 21.839 y art. 509, Código Civil), la que se configuró con posterioridad a las fechas de corte contempladas en la norma aludida.

En efecto, tal como surge de las posturas sostenidas por las dos partes interesadas, los intereses devengados por el retardo en el cumplimiento de la obligación, abarcan el período comprendido entre el 19 de agosto de 2002 y el 3 de julio de 2003 (ver fs. 242 y 244), por lo que no se advierte razón para aplicar un régimen legal que sólo regula a las deudas que encuentran su causa en hechos o actos posteriores al 31 de marzo de 1991 y anteriores al 31 de diciembre de 2001 (conf. arg. causas C.959.XXIII "Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de australes", pronunciamiento del 12 de septiembre de 1996; R.233.XXXIV "Río Negro, Provincia de c/ Tecpetrol S.A. y otra s/ sumario", sentencia del 31 de octubre de 2002).

Por ello, se resuelve: Rechazar el planteo efectuado a fs. 250 y 260. Con costas (arts. 68 y 69 segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

EDELAR S.A. v. PROVINCIA DE CATAMARCA

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

Corresponde rechazar el pedido de caducidad de instancia si en el período en que la demandada señala que no se ha efectuado actuación alguna se llevaron a cabo actos a los que cabe atribuirles carácter interruptivo del curso de la perención, tendientes a producir la prueba pericial contable.

COSTAS: Derecho para litigar.

Corresponde distribuir las costas en el orden causado si la demandada pudo considerarse con razón fundada para interponer el incidente de caducidad de la instancia al no existir en autos constancia que permitiese conocer que se estaban llevando a cabo actuaciones referidas a la prueba.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 159 la Provincia de Catamarca acusa la caducidad de la instancia sobre la base de considerar que desde el 17 de diciembre de 2001, oportunidad en que se dictó la providencia que agregó e hizo saber el informe de la Dirección de Infraestructura Energética provincial, hasta la acusación realizada el 7 de agosto de 2002, ha transcurrido el plazo de seis meses previsto en el art. 310, inc. 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sin que se haya efectuado actuación alguna que tuviera por efecto el impulso del procedimiento. Corrido el traslado pertinente, la actora se opone por las razones que aduce a fs. 161/162.

2°) Que el planteo no puede prosperar dado que entre las fechas mencionadas se llevaron a cabo actos a los que cabe atribuirles carácter interruptivo del curso de la perención. En efecto, las piezas obrantes a fs. 164/196 demuestran la realización de actuaciones tendientes a producir la prueba pericial contable ante el juzgado federal de la Provincia de La Rioja, y, en cuanto tales, son eficaces a los fines antedichos (confr. C.690.XXXIV "Casella, Fernando c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 9 de agosto de 2001 y C.633.XXIV "Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ Tucumán, Provincia de s/ ejecución fiscal", del 9 de noviembre de 1993).

3°) Que las costas deben ser distribuidas en el orden causado, ya que la demandada pudo considerarse con razón fundada para interponer el incidente al no existir en autos, con posterioridad a fs. 157, cons-

tancia que permitiese conocer que se estaban llevando a cabo las actuaciones referidas (arts. 68, segundo párrafo, y 69, código citado; y F.212.XXV "Falco, José Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios –accidente de tránsito–", pronunciamiento del 4 de mayo de 1995).

Por ello, se resuelve: Rechazar el pedido de caducidad de instancia. Costas por su orden (arts. 68, segundo párrafo y 69, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Profesionales intervinientes: **por la actora doctores Ricardo Esteban Ruarte y Carlos Eduardo Saint Martin; por la demandada doctora Graciela Beatriz Rodríguez.**

PAN AMERICAN ENERGY LLC SUCURSAL ARGENTINA
v. PROVINCIA DEL CHUBUT Y OTRO

PRUEBA.

Si, de conformidad con la previsión contenida en el art. 478 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación las partes, al contestar el traslado al que se refiere el segundo párrafo del art. 459, pueden asumir dos conductas procesalmente excluyentes entre sí, o impugnar la procedencia del medio probatorio ofrecido, o manifestar su desinterés, caso, en el cual se abstendrán de participar en ella. Al haber ejercido la actora esta última facultad, mal puede reconocérsele el derecho que se pretende de cuestionar su procedencia.

TERCEROS.

Corresponde a quien solicita la intervención de un tercero en el proceso acreditar que se trata de uno de los supuestos que autorizan a disponerla, y que corresponde desestimarla si no se invoca concretamente la presencia de una comunidad de controversia, toda vez que el instituto en examen es de carácter excepcional y su admisión debe ser interpretada con criterio restrictivo.

TERCEROS.

La pretensa citación del Estado Nacional no puede basarse en que la demanda involucraría la política fiscal federal, dado que tal extremo no justifica una comunidad de controversia que suscite la intervención obligada prevista en el art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

TERCEROS.

El hecho de que haya sido el Estado Nacional quien le otorgó a la actora la concesión de la explotación petrolera no trae aparejado que deba participar como tercero en las actuaciones, ya que dicho extremo no lo integra necesariamente a la relación jurídica existente entre el Estado provincial y la empresa, máxime si ni siquiera se indica cuál sería la eventual acción regresiva que se ejercitaría contra aquél en el supuesto de resultar perdedor.

TERCEROS.

El hecho de que se sostenga que la cuestión sometida a decisión judicial involucra intereses relacionados con la satisfacción de la política hidrocarburífera fijada por el Estado Nacional, y que las condiciones por él fijadas deben ser restauradas en la medida en que son afectadas por la legislación provincial que se impugna, no trae aparejado que aquél deba participar en el proceso en forma obligada, ya que la adopción de dicho temperamento traería aparejado que se debiese citar al Gobierno Nacional en el carácter referido en todos aquellos procesos en los que un particular pusiera en tela de juicio el ordenamiento de las competencias entre las provincias argentinas y el gobierno federal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en la audiencia de que da cuenta el acta obrante a fs. 137 la actora solicitó que se revocase la decisión adoptada en esa oportunidad, por medio de la cual se admitió la prueba pericial ofrecida por la Provincia del Chubut.

En ese mismo acto el Estado Nacional requirió que se resolviese el planteo efectuado a fs. 85/100, sobre la base de que sostuvo que no es

un tercero interesado que deba ser parte en las presentes actuaciones. La actora, por las razones que indicó a fs. 140/142, solicitó el rechazo del incidente.

2°) Que la decisión por medio de la cual se proveyó favorablemente la prueba pericial ofrecida por la demandada debe ser mantenida, dado que en el caso no cabe reconocerle a la actora el derecho a oponerse a su producción.

En efecto, de conformidad con la previsión contenida en el art. 478 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación las partes, al contestar el traslado al que se refiere el segundo párrafo del art. 459, pueden asumir dos conductas procesalmente excluyentes entre sí, o impugnar la procedencia del medio probatorio ofrecido, o manifestar su desinterés, caso, en el cual se abstendrán de participar en ella. Al haber ejercido la actora esta última facultad (ver fs. 128 vta./129, punto II.1), mal puede reconocérsele el derecho que se pretende de cuestionar su procedencia.

3°) Que en cuanto a lo demás planteado, se debe tener presente que corresponde a quien solicita la intervención de un tercero en el proceso acreditar que se trata de uno de los supuestos que autorizan a disponerla (Fallos: 313:1053; 318:2551), y que corresponde desestimarla si no se invoca concretamente la presencia de una comunidad de controversia, toda vez que el instituto en examen es de carácter excepcional y su admisión debe ser interpretada con criterio restrictivo (Fallos: 322:1470).

En ese marco, y con particular atinencia a la cuestión que aquí se plantea, el Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que la pretensa citación del Estado Nacional no puede basarse en que la demanda involucraría la política fiscal federal, dado que tal extremo no justifica una comunidad de controversia que suscite la intervención obligada prevista en el art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 318:2551). Por lo demás, el hecho de que haya sido el Estado Nacional quien le otorgó a la actora la concesión de la explotación petrolera, tampoco trae aparejado que deba participar en el carácter invocado en estas actuaciones, ya que dicho extremo no lo integra necesariamente a la relación jurídica existente entre el Estado provincial y la empresa; máxime si, como sucede en el caso, ni siquiera se indica cuál sería la eventual acción regresiva que se ejercitaría contra aquél en el supuesto de resultar perdedor (confr. causa

N.112.XXXV "Neuquén, Provincia del c/ Hidroeléctrica Piedra del Aguila S.A. s/ cobro de regalías", sentencia del 27 de febrero de 2001).

Por lo demás, el hecho de que se sostenga que la cuestión sometida a decisión judicial involucra intereses relacionados con la satisfacción de la política hidrocarburífera fijada por el Estado Nacional, y que las condiciones por él fijadas deben ser restauradas en la medida en que son afectadas por la legislación provincial que se impugna (ver fs. 64), no trae aparejado que aquél deba participar en el proceso en forma obligada. En efecto, tal como lo ha decidido este Tribunal, dichos extremos no justifican su participación, en la medida en que la adopción de ese temperamento traería aparejado que se debiese citar al Gobierno Nacional en el carácter referido en todos aquellos procesos en los que un particular pusiera en tela de juicio el ordenamiento de las competencias entre las provincias argentinas y el gobierno federal (confr. causa E.66.XXXII "Empresa Distribuidora Sur S.A. –Edesur S.A.– c/ Buenos Aires, Provincia de –Dirección Provincial de Rentas– s/ acción declarativa", sentencia del 10 de diciembre de 1996).

Por ello se resuelve: I.– No hacer lugar al recurso de reposición interpuesto a fs. 137/138. Con costas (arts. 68 y 69, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); II.– Admitir el planteo efectuado en el escrito de fs. 85/100 y, en consecuencia, dejar sin efecto la citación dispuesta a fs. 71. Con costas (arts. 68 y 69 citados de la ley adjetiva). Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

SHELL COMPAÑIA ARGENTINA DE PETROLEO S.A.
v. PROVINCIA DE TUCUMAN (ESTADO NACIONAL CITADO COMO TERCERO)

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas que versan sobre cuestiones federales.

El pleito en el que la Provincia de Tucumán intenta imponer el impuesto de sellos sobre ciertos convenios de suministro de combustibles y otros productos,

corresponde a la competencia originaria de la Corte según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58, si se demanda a una provincia y la materia del pleito tiene manifiesto contenido federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

MEDIDAS CAUTELARES.

Una medida precautoria no puede obstaculizar los trámites administrativos que el Estado provincial se considere con derecho a llevar a cabo para poner las actuaciones en condiciones de ejecutar el crédito si la pretensión esgrimida en el proceso es finalmente rechazada por la Corte.

MEDIDAS CAUTELARES.

El adecuado respeto que merecen las decisiones judiciales impide que se las obstaculice con medidas de no innovar dictadas en juicios diferentes.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

De conformidad con el art. 6°, inc. 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en las medidas precautorias –como se solicita en autos– será juez competente el que deba conocer en el proceso principal.

– II –

Por otra parte, la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal en dicho proceso resulta sustancialmente análoga a la que fue objeto de tratamiento por este Ministerio Público, el 4 de junio de 2003, *in re* P.503, XXXIX, Originario "Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", dictamen que fue compartido por el Tribunal en su sentencia del 16 de marzo de 2004, cons. 2°.

En virtud de lo expuesto en dicha oportunidad, que doy aquí por reproducido *brevitatis causae*, opino que este proceso corresponde a la

competencia originaria de la Corte, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58, toda vez que se demanda a una Provincia y la materia del pleito tiene manifiesto contenido federal.

En efecto, ello es así en tanto el impuesto de sellos que la Provincia de Tucumán intenta imponer a la actora –sobre ciertos convenios de suministro de combustibles y otros productos, no instrumentados en forma bilateral y autosuficiente sino mediante meras ofertas unilaterales de la empresa a distintos titulares de estaciones de servicios que operan con ella– se impugna por resultar contrario a la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos 24.538 y a preceptos de la Ley Fundamental, tal como lo ha entendido V.E. a partir del precedente *in re* E. 115, XXXIV, Originario, "El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 7 de diciembre de 2001, publicada en Fallos: 324:4226, y en la causa S. 1077, XXXVI, Originario "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Neuquén, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad", sentencia del 15 de abril de 2004, cons. 3°. Buenos Aires, 22 de febrero de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 25/30 de este incidente, la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de que la Provincia de Tucumán suspenda, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, toda acción administrativa o judicial relativa al cobro forzoso total o parcial de sumas en concepto de impuesto de sellos, sus accesorios y multas, correspondientes a la determinación efectuada por la Dirección General de Rentas provincial en el marco de los expedientes administrativos 1776/1036-C-2002 y 3626/376/C/04.

A ese efecto relata que el 21 de septiembre de 2004, la demandada promovió ejecución fiscal ante el juzgado de cobros y apremios que

indica a fs. 25 vta./26, en la cual se decretó un embargo sobre los bienes de la peticionaria por la suma de 5.381.627,68 pesos (fs. 6/11 y 26). Con posterioridad, el 27 de septiembre de 2004, el Fisco provincial dictó la resolución de fs. 17/19 y le impuso el pago de una multa.

2°) Que la demanda cuya promoción dio lugar al proceso en el cual se pretende esta tutela preventiva corresponde a la competencia originaria de esta Corte, con arreglo a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal en el dictamen que antecede, a los que cabe remitir por razones de brevedad.

3°) Que el pedido no puede prosperar. En efecto, con relación a la suspensión pretendida respecto de los trámites administrativos, no se advierte razón para adoptar un criterio diverso del seguido por esta Corte en la causa S. 132.XXXVIII "Supermercados Norte S.A. y otros c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad –incidente sobre medida cautelar–", sentencia del 2 de noviembre de 2004, y su cita, en las que con particular referencia al alcance de la cautela en asuntos de esta naturaleza, se puntualizó que una medida precautoria no puede obstaculizar los trámites administrativos que el Estado provincial se considere con derecho a llevar a cabo para poner las actuaciones en condiciones de ejecutar el crédito si la pretensión esgrimida en este proceso es finalmente rechazada por la Corte.

En ambos casos, se subrayó que una solución distinta de la antedicha sobre la base de la cual se le impidiese a la provincia llevar adelante dichos trámites, hubiese importado de parte de este Tribunal una intromisión en cuestiones locales, extremo que le está vedado ya que los temas de la naturaleza indicada no corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

4°) Que tampoco puede ser atendido el planteo de la actora para suspender el trámite judicial iniciado por la Dirección General de Rentas provincial, fundado en que "carece de otro remedio –aun en el derecho local– que le permita una tutela jurisdiccional efectiva y oportuna" (ver fs. 2/4, 6/11, 25 vta., 26 vta. y los autos caratulados "Provincia de Tucumán –DGR– c/ Shell C.A.P.S.A. s/ ejecución fiscal" (expediente N° 2041/04), mencionado a fs. 26).

En este sentido, cabe recordar que esta Corte ha establecido que no corresponde, por la vía que se pretende, interferir en procesos judiciales ya existentes; y esa sería, en efecto, la consecuencia de proveer

favorablemente la suspensión que se pide con relación al proceso referido a fs. 25 vta./26, con afectación del adecuado respeto que merecen las decisiones judiciales en cuanto impide que se las obstaculice con medidas de no innovar dictadas en juicios diferentes (Fallos: 319:1325 y confr. causa S.132.XXXVIII "Supermercados Norte S.A. y otros c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad –incidente sobre medida cautelar–", ya citada).

5°) Que, en tales condiciones, no cabe admitir la petición; sin perjuicio de que la interesada ocurra ante el juez que interviene en el expediente referido a fin de hacer valer los derechos que considere tener (confr. causa S.132. XXXVIII "Supermercados Norte S.A. y otros c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad –incidente sobre medida cautelar–", antes citada).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se resuelve: I.– Declarar que la causa que da lugar a este incidente corresponde a la competencia originaria de la Corte; II.– No hacer lugar a la medida cautelar pedida. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Nombre del actor: **Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A.**
Nombre del demandado: **Provincia de Tucumán.**
Tercero: **Estado Nacional.**
Profesional: **doctor Ricardo Mihura Estrada.**

TRANSPORTES ATLANTIDA S.A.C. v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas que versan sobre cuestiones federales.

Es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) la acción declarativa tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que se pretende aplicar sobre

la actividad interjurisdiccional de transportes de pasajeros en violación de los arts. 31 y 67, inc. 12, de la Constitución Nacional y del régimen de coparticipación federal (ley 20.221).

IMPUESTO: Facultades impositivas de la Nación, provincias y municipalidades.

De acuerdo con el sistema tarifario establecido por la resolución 97/96 de la Secretaría de Energía, Transporte y Comunicaciones de la Nación, no existe impedimento para que los prestatarios incorporen, dentro del precio propuesto, la gravitación del impuesto a los ingresos brutos.

IMPUESTO: Principios generales.

La falta de discriminación en lo que respecta a la carga impositiva que habría recaído sobre la actividad que comprende los servicios de transporte de carácter común, torna los agravios meramente conjeturales.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 16/20, Transportes Atlántida S.A.C. promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que se le reclama por el desarrollo de la actividad de transporte interjurisdiccional, pues entiende que resulta contrario a los arts. 31 y 75, inc. 13, de la Constitución Nacional y al régimen de coparticipación federal.

Según explicó, es permisionaria de la Secretaría de Transportes del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación como prestadora del servicio público de transporte interjurisdiccional de pasajeros y afines, bajo el régimen de la ley 12.346 y sus modificatorias.

Especificó que las tarifas a las que se refiere el *sub lite* fueron fijadas por ese organismo sin contemplar en su cálculo la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos. En tales condiciones, estimó

aplicable la doctrina de Fallos: 308:2153 y solicitó que se declare que aquel gravamen local configura un supuesto de doble imposición, reñido con el art. 9°, inc. b), segundo párrafo, de la Ley de Coparticipación Federal, ante la imposibilidad de su traslación, encontrándose la actora sujeta al impuesto a las ganancias (ley 20.628 y sus modificaciones).

– II –

A fs. 23/25, V.E., de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 22, declaró que la causa corresponde a su competencia originaria.

– III –

A fs. 68/70, la Provincia contestó la demanda y solicitó su rechazo.

En primer lugar, negó la existencia de un estado de incertidumbre, pues se cuestiona un acto de imperio del Estado, destinado a percibir lo que le corresponde sobre la base de facultades constitucionalmente reconocidas. Señaló, al mismo tiempo, que el procedimiento de pago y posterior repetición, previsto en su Código Fiscal, resulta la vía específica para debatir el tema, que excluye la aplicación del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto al fondo del asunto, aseveró que la superposición del impuesto sobre los ingresos brutos con los tributos nacionales coparticipables se encuentra admitida expresamente en el art. 9°, inc. b), cuarto párrafo, de la ley 23.548, el cual lo excluye de la prohibición de analogía sentada en los dos primeros párrafos del mismo precepto.

Sin perjuicio de ello, añadió que la actora –al inscribirse como contribuyente y abonar la gabela– ha consentido la existencia de la potestad tributaria provincial durante los últimos diez años, por lo cual, a la luz de la doctrina de los propios actos, resulta ahora extemporánea su presentación.

Por último, señaló que el 27 de septiembre de 2000 las Cámaras Empresarias del Autotransporte de Cargas y Pasajeros, a las que pertenece la accionante, celebraron un acuerdo con la Provincia de Bue-

nos Aires, por medio del cual comprometieron la estricta observancia de las obligaciones tributarias provinciales. A cambio de ello, su mandante redujo la alícuota del impuesto sobre los ingresos brutos para la actividad del 3,5% al 1,5%.

Concluyó, entonces, que la reclamante –por sí y por medio de las instituciones representativas del sector– aceptó sin cuestionamientos la aplicación del tributo, beneficiándose con la reducción de alícuotas, lo cual también ratifica, en su criterio, la improcedencia de la acción intentada.

– IV –

Pienso que V.E. sigue teniendo competencia para entender en el presente, a tenor de lo dictaminado a fs. 22.

– V –

Como ya señalé, la pretensión de la actora se encuentra dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos establecido en el título segundo, libro II, de la ley 10.397, devengado por la actividad de transporte interjurisdiccional, al estimarlo contrario a los arts. 31 y 75, inc. 13, de la Constitución Nacional y al régimen de coparticipación federal.

En estas circunstancias y frente a la respuesta de la Provincia –quien rechaza tal pretensión y sostiene que se trata de un acto de imperio del Estado, dirigido a percibir lo que le corresponde–, pienso que existe una controversia definida, que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo de V.E. (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851).

A su vez, estimo que la accionante posee un interés sustancial y concreto, pues busca precaver los efectos de un acto en ciernes, como resulta el reclamo fiscal reconocido por la demandada a fs. 266 vta., al cual atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal (Fallos: 322:2598; 323:19, entre otros).

Por último, y contrariamente a lo esgrimido por la accionada, no advierto que el pago y posterior repetición, previsto en el art. 109 de

su Código Fiscal, resulte la vía específica para debatir la cuestión pues, como claramente señaló V.E. en Fallos: 310:606 (cons. 5°), la admisión de que concurren en la especie los presupuestos de la acción meramente declarativa constituye el primer obstáculo a la viabilidad de la defensa. En efecto, dentro de ese marco, la exigencia del pago previo de lo que es el objeto de la discusión implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial inmediata que, en casos como el presente, tiende a dilucidar el estado de falta de certeza entre el contribuyente que cuestiona la actitud del Estado y este último.

Por lo expuesto, en mi parecer, se encuentran reunidos la totalidad de los requisitos fijados por el art. 322 del CPCCN para la procedencia de la acción intentada.

– VI –

En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que V.E. invalidó el impuesto sobre los ingresos brutos que se pretendía aplicar a los prestatarios de un servicio público de transporte interjurisdiccional en aquellos supuestos en que se acreditó que las tarifas pertinentes habían sido fijadas por la autoridad nacional sin considerar, entre los elementos del costo, el impuesto a los ingresos brutos provincial y que la actora era contribuyente, en el orden nacional, del impuesto a las ganancias (Fallos: 308:2153; 311:1365; 316:2182; 316:2206 y más recientemente en Fallos: 321:2501).

Sobre la base de tales premisas, debe destacarse que la actora explota una línea de transporte interjurisdiccional –identificada como N° 57–y otras tres, cuyo recorrido se encuentra íntegramente dentro del territorio de la Provincia de Buenos Aires: N° 410; N° 429 y un servicio de larga distancia en verano (cfr. ptos. 5 y 6, fs. 226 vta y fs. 217/224).

Respecto de estas tres últimas, observo que la actora no ha alegado ni ofrecido prueba alguna tendiente a demostrar que las tarifas fueron fijadas por la autoridad regulatoria pertinente (Dirección de Transportes de la Provincia de Buenos Aires) sin considerar, entre los elementos del costo, el impuesto a los ingresos brutos.

A su vez, la línea nacional de media distancia –identificada como N° 57– posee, como modalidades de prestación de sus servicios, los

denominados "*comunes*", "*expresos*" y "*expresos diferenciales*" (cfr. fs. 252).

Según lo dispone la resolución N° 97/96 de la Secretaría de Energía, Transporte y Comunicaciones de la Nación, en el caso de los servicios "*expresos*" y "*expresos diferenciales*" el cuadro tarifario es propuesto por el prestador (cfr. ptos. 2.2 y 2.3 del anexo I). Una vez efectuada la propuesta, el transporte podrá ser efectivizado, de no mediar objeción o pronunciamiento en contrario por parte de la Autoridad de Aplicación, luego de transcurridos treinta (30) días hábiles desde su presentación (cfr. ptos. 3.3.2.3 del anexo I).

En tales condiciones, es en mi parecer evidente que no existe impedimento legal para incluir, dentro del precio propuesto, la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos.

Empero, como ya especificó este Ministerio Público *in re* "Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada c/ Mendoza, Provincia de" (Fallos: 321:2501, pto. VI), determinar si, en el caso, las tarifas propuestas por el prestador o aquellas fijadas por la autoridad nacional o provincial correspondiente contemplaron o no el impuesto en cuestión, si la actora se encontró realmente imposibilitada de trasladar esa carga tributaria y si revestía como contribuyente, en el orden nacional, del impuesto a las ganancias, remite ineludiblemente al examen y valoración de las pruebas rendidas en autos, tema que resulta ajeno a mi dictamen, que debe circunscribirse a las cuestiones de índole federal antes analizadas.

Para finalizar, asiste razón a la demandada al sostener que, según conocida doctrina de V.E., el voluntario sometimiento a un determinado régimen jurídico implica la renuncia al derecho de cuestionarlo con posterioridad (Fallos: 225:216; 285:410; 299:221; 307:1582; 314:1175, entre otros), más no considero que la falta de cuestionamiento expreso a las facultades tributarias provinciales en los últimos diez años constituya una circunstancia deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que permita inferir, sobre esta única base, el consentimiento de la actora al tributo (Fallos: 307:1602; 315:1738).

Igualmente, entiendo que la defensa basada en el acuerdo suscripto entre las Cámaras Empresarias del Autotransporte de Cargas y Pasajeros y la Provincia de Buenos Aires, el 27 de septiembre de 2000, carece de relevancia para la solución del litigio pues –más allá del

resultado negativo de la prueba ofrecida en ese sentido (cfr. fs. 90 vta.)– ni siquiera se ha especificado a cuál de las instituciones firmantes del citado convenio pertenecería la actora.

– VII –

Me limito a opinar, por lo tanto, que, en el supuesto de estimar V.E., a través del examen de las pruebas de la causa, que efectivamente se han configurado las circunstancias requeridas por los precedentes citados y alegadas por la accionante respecto de alguno de los servicios que presta, correspondería –respecto de ese servicio– hacer lugar a la demanda y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal. Buenos Aires, 21 de abril de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Transportes Atlántida S.A.C. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa", de los que

Resulta:

I) A fs. 16/20 se presenta "Transportes Atlántida S.A.C." e inicia una acción declarativa contra la Provincia de Buenos Aires para que se declare la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que se pretende aplicar sobre la actividad interjurisdiccional de transportes de pasajeros en violación de los arts. 31 y 67 inc. 12 de la Constitución Nacional y del régimen de coparticipación federal establecido por la ley nacional 20.221 y sus modificatorias.

Fundamenta la procedencia de la vía procesal elegida y la competencia originaria del Tribunal.

Dice que es permisionaria de la Secretaría de Transportes y Servicios Públicos de la Nación y que en tal carácter presta servicios de transporte interjurisdiccional de pasajeros bajo el régimen de la ley 12.346.

En ese sentido, destaca que las tarifas que se aplican y a las que se refiere en el presente caso son fijadas por aquel organismo estatal sin

contemplar en su cálculo la gravitación del gravamen a los ingresos brutos. En tales condiciones, entiende aplicable lo dispuesto en Fallos: 308:2153 por considerar que dicha pretensión fiscal configura un supuesto de doble imposición que contraviene lo dispuesto en el art. 9, inc. b, segundo párrafo, de la ley de coparticipación federal. Destaca, asimismo, que se encuentra sujeta al pago del impuesto a las ganancias.

II) A fs. 68/70 se presenta la Provincia de Buenos Aires y contesta la demanda. Niega, en primer término, la existencia de un estado de incertidumbre y sostiene que el sistema de pago y repetición ulterior que está contemplado en su código fiscal es el medio apropiado para discutir la cuestión.

En cuanto al aspecto de fondo, afirma que la superposición del impuesto a los ingresos brutos con los gravámenes nacionales es admitida de manera expresa en la citada ley de coparticipación (art. 9 inc. b, cuarto párrafo, de la ley 23.548), la cual lo excluye de la prohibición de analogía que mencionan los dos primeros párrafos de esa norma.

Por otro lado, prosigue, la actora figura inscripta como contribuyente y ha abonado el impuesto ahora impugnado desde los últimos diez años, lo que implica haber consentido la potestad fiscal provincial a la luz de la doctrina de los actos propios. Por consiguiente, su reclamo actual resulta extemporáneo. Destaca, asimismo, que las Cámaras Empresarias del Autotransporte de Cargas y Pasajeros concretaron un acuerdo con la provincia por el que se comprometieron a cumplir con las obligaciones tributarias pertinentes a cambio de una reducción del impuesto a los ingresos brutos del 3,5% al 1,5%. Toda vez que la actora integra esos organismos, tal actitud refuerza el reconocimiento del derecho fiscal de la demandada.

Considerando:

1°) 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).

2°) Que la procedencia de la vía intentada sobre la base de lo dispuesto en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resulta acreditada ante las constancias de fs. 201/203 y la mani-

festación de la demandada de fs. 266 vta. reveladoras de una actividad fiscal suficiente para justificarla y a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal en la materia (Fallos: 322:2598; 323:19).

Por otro lado, resulta inconducente el argumento expuesto por dicha parte sobre la exigencia contenida en el art. 109 de su código fiscal si se tiene en cuenta lo decidido en Fallos: 310:606, considerando 5°.

3°) Que en cuanto al fondo de la cuestión, resulta importante lo que surge de los informes agregados a fs. 217/224 y 252. El primero, presentado por el perito contador Hernán Orlando, indica que la empresa actora explota cuatro líneas de transporte, tres de las cuales son de carácter local y desarrollan su actividad en el territorio de la provincia, en tanto que la restante comprende un servicio interjurisdiccional. Esos datos se complementan a fs. 252 cuando la Comisión Nacional Reguladora del Transporte destaca que, en ese último ámbito, la actora realiza servicios comunes, expresos y expresos diferenciales. Es obvio que respecto de los transportes locales ninguna decisión debe adoptarse toda vez que sólo corresponde pronunciarse sobre los efectos gravosos del impuesto sobre el transporte interjurisdiccional.

4°) Que aquellas dos últimas modalidades resultan autorizadas por la resolución 97/96 de la Secretaría de Energía, Transporte y Comunicaciones de la Nación y suponen un sistema tarifario que las empresas prestatarias propondrán a la autoridad de aplicación (ver puntos 2.2 y 2.3 de la citada resolución). De tal manera, no resulta impedimento para que los prestatarios incorporen, dentro del precio propuesto, la gravitación del impuesto a los ingresos brutos. En ese sentido se expidió el Tribunal, ante una situación de suficiente analogía, en la causa: V.549.XXXVI "Vía Bariloche S.R.L. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (sentencia del 16 de noviembre de 2004), en la que se concluyó que no existía restricción alguna en la determinación de la tarifa. Tal situación hace inaplicable la doctrina de Fallos: 308:2153; 310:1602; 321:2501.

En cuanto a la restante, es decir la que comprende los servicios comunes, cabe señalar que la falta de discriminación en lo que respecta a la carga impositiva que habría recaído sobre esa actividad obsta al reconocimiento de la pretensión de la actora y torna a sus agravios meramente conjeturales. En efecto, la carencia de pruebas para acreditar tal supuesto, conduce a ese resultado.

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se decide: Rechazar la demanda seguida por Transportes Atlántida S.A.C. contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6°, incs. b, c, y d; 9°, 37 y 38 de la ley 21.839, se regulan los honorarios de los doctores Carlos Alberto de Cucco y Gustavo Adolfo Blanco, en conjunto, por la dirección letrada y representación de la actora en la suma de trece mil pesos ($ 13.000) y los del doctor Alejandro J. Fernández Llanos en la de veintiún mil pesos ($ 21.000), por la dirección letrada y representación de la demandada.

Asimismo, considerando la tarea cumplida a fs. 200/227 por el perito contador Hernán Orlando, se regulan sus honorarios en la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) (art. 3 del decreto-ley 16.638/57). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Demanda originaria: **Transportes Atlántida S.A.C.**, su letrado apoderado Dr. **Carlos Alberto de Cucco** y patrocinante Dr. **Gustavo Adolfo Blanco.**
Nombre de los demandados: **Provincia de Buenos Aires,** su letrado apoderado Dr. **Alejandro Fernández Llanos.**

YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES S.A. v. PROVINCIA DE TUCUMAN

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas que versan sobre cuestiones federales.

Corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema la acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Tucumán, tendiente a que se declare que las que califica de cartas ofertas con cláusula de aceptación tácita y que acompaña con el escrito

inicial no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

MEDIDA DE NO INNOVAR.

Corresponde hacer lugar a la medida de no innovar y ordenar a la provincia que se abstenga de ejecutar las sumas reclamadas en concepto de impuesto de sellos respecto de cartas ofertas con cláusula de aceptación tácita por no haberse formalizado aceptaciones instrumentadas; pues –al ser una situación análoga a precedentes en los que la Corte Suprema excluyó la aplicación de la ley local frente a la ley 23.548 de coparticipación–, cabe apartarse del criterio restrictivo con que deben considerarse las medidas cautelares frente al ejercicio de la actividad fiscal provincial.

MEDIDA DE NO INNOVAR.

Corresponde hacer lugar a la medida de no innovar y ordenar a la provincia que se abstenga de ejecutar las sumas reclamadas en concepto de impuesto de sellos respecto de cartas ofertas con cláusula de aceptación tácita por no haberse formalizado aceptaciones instrumentadas; pues –al configurarse las circunstancias existentes en precedentes en los que la Corte Suprema hizo lugar a lo demandado–, el monto del reclamo provincial justifica la adopción de un criterio particular, tendiente a evitar un real menoscabo de la defensa en juicio (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

MEDIDA DE NO INNOVAR.

No corresponde hacer lugar a la medida tendiente a que se ordene a la provincia que se abstenga de ejecutar las sumas reclamadas en concepto de impuesto de sellos, pues tales medidas no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (Disidencia parcial de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

MEDIDA DE NO INNOVAR.

Corresponde adoptar un criterio de particular estrictez en el examen de medidas suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales, máxime si incluso en situaciones en las que procedió la acción declarativa solicitada no se consideró que la sustanciación del juicio debiera impedir la percepción del impuesto pretendida (Disidencia parcial de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El procedimiento reglado por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la provincia estaría habilitada a intentar por las vías procesales que considere pertinentes (Disidencia parcial de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión sometida a conocimiento del Tribunal en el *sub lite* guarda sustancial analogía con la que fuera objeto de tratamiento por este Ministerio Público al expedirse, el 15 de julio de 1999 y el 20 de mayo de 2003 *in re* Y. 16, XXXIV, Originario, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", dictámenes que han sido compartidos por V.E. en sus sentencias del 30 de septiembre de 1999 y 15 de abril de 2004.

En virtud de lo expuesto en esas oportunidades y sus citas, que doy aquí por reproducido *brevitatis causae* y, dado que se solicita la citación del Estado Nacional como tercero, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, opino que esta acción declarativa corresponde a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires 25 de noviembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. inicia la presente acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Tucumán a fin de que se declare que las que califica de cartas ofertas con cláusula de aceptación tácita y que acompaña con el escrito inicial no se encuen-

tran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, por lo que en razón de brevedad cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen obrante a fs. 31.

3°) Que por los diversos motivos que esgrime en su presentación, la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del código citado a fin de que se ordene a la demandada que se abstenga de ejecutar las sumas que en concepto del impuesto cuestionado le reclama (ver anexos 4, 6 y 8).

4°) Que en el caso se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a lo solicitado, y, en el limitado marco de conocimiento propio del instituto en examen, no puede dejar de ponderarse que la situación resulta análoga a la resuelta por esta Corte en las causas S.1077.XXXVI. "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de inconstitucionalidad"; Y.16.XXXIV. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"; T.352.XXXV. "Transportadora de Gas del Sur S.A. (TGS) c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", sentencias del 15 de abril de 2004, circunstancia que torna procedente apartarse del criterio restrictivo con que deben considerarse este tipo de medidas cautelares frente al ejercicio de la actividad fiscal provincial (arg. causa Y.80.XXXVIII "Yacylec S.A. c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa", pronunciamiento del 3 de diciembre de 2002).

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema. II. Hacer lugar a la medida cautelar pedida, y en consecuencia decretar la prohibición de innovar, haciéndole saber a la provincia demandada que deberá abstenerse de ejecutar las sumas reclamadas en las resoluciones 7/04 y 233/04 de la Dirección General de Rentas Provincial. Notifíquese al gobernador por oficio.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda (*según su voto*) — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco (*en disidencia parcial*) — Ricardo Luis Lorenzetti (*en disidencia parcial*) — Carmen M. Argibay.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. inicia la presente acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Tucumán a fin de que se declare que las que califica de cartas ofertas con cláusula de aceptación tácita y que acompaña con el escrito inicial no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, por lo que en razón de brevedad cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen obrante a fs. 31.

3°) Que por los diversos motivos que esgrime en su presentación la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del código citado a fin de que se ordene a la demandada que se abstenga de ejecutar las sumas que en concepto del impuesto cuestionado le reclama (ver anexos 4, 6 y 8).

4°) Que la petición debe ser admitida pues en el caso se configuran las circunstancias existentes en los autos T.352.XXXV. "Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima (TGS) c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de certeza"; T.48.XXXVII. "Transportadora de Gas del Sur c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa" y T.71.XXXVII. "Transportadora de Gas del Norte S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza", resueltas el 12 de marzo de 2002; en efecto, el monto del reclamo provincial justifica la adopción del criterio particular utilizado en los casos citados y en los publicados en Fallos: 288:287 y 314:1312.

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte. II. Hacer lugar a la medida cautelar pedida y en consecuencia decretar la prohibición de innovar, haciéndole saber a la provincia demandada que deberá abstenerse de ejecutar las sumas reclamadas en la resolución 7/04 y 233/04 de la

Dirección General de Rentas Provincial. Notifíquese al gobernador por oficio.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES
MINISTROS DOCTORES DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO
Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. inicia la presente acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Tucumán a fin de que se declare que las que califica de cartas ofertas con cláusula de aceptación tácita y que acompaña con el escrito inicial no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, por lo que en razón de brevedad cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen obrante a fs. 31.

3°) Que por los diversos motivos que esgrime en su presentación la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del código citado a fin de que se ordene a la demandada que se abstenga de ejecutar las sumas que en concepto del impuesto cuestionado le reclama (ver anexos 4, 6 y 8).

4°) Que medidas cautelares como las requeridas no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan. En ese sentido se ha adoptado un criterio de particular estrictez en el examen de medidas suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales (Fallos: 313:1420).

En efecto, y a mayor abundamiento, cabe recordar que incluso en casos en los que procedió la acción declarativa solicitada no se consideró que la sustanciación del juicio debiera impedir la percepción del

impuesto pretendida, toda vez que el procedimiento reglado por el art. 322 más arriba citado no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la demandada estaría habilitada a intentar por las vía procesales que considere pertinentes (Fallos: 322:3571).

En esas condiciones, y dado que la medida requerida tiende precisamente a impedir la actividad fiscal en cuestión no resulta procedente la petición.

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte. II. No hacer lugar a la medida cautelar pedida. Notifíquese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Demanda originaria interpuesta por **Y.P.F. S.A.,** representada por el Dr. **Rogelio Driollet Laspiur,** con el patrocinio de los Dres. **Enrique G. Bulit Goñi y Gonzalo J. Llanos.**

RAUL ALBERTO GARCIA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

No es posible ejercer las atribuciones que le acuerda a la Corte el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, si los escasos elementos incorporados al incidente no resultan suficientes para conocer con la certeza necesaria los hechos que motivaron la causa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

Si bien la hipotética falsificación en la que habría participado el gestor se habría concretado en Entre Ríos, esa eventualidad no basta aún para dilucidar el verdadero alcance y la significación jurídica de los hechos materia del proceso, los que no pueden ser apreciados in extenso, en virtud de que la ausencia de la necesaria investigación que debe preceder a toda cuestión de competencia, obsta la posibilidad de encuadrar los sucesos en alguna figura determinada con el grado de

certeza que la etapa requiere, y de formar fundado criterio acerca del lugar de su comisión, para finalmente discernir el tribunal al que corresponde investigarlos, máxime cuando ante la multiplicidad de circunstancias que comprenden, podría existir más de una calificación posible.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

Entre los titulares del Juzgado de Instrucción N° 4 de Paraná, Provincia de Entre Ríos, y del Juzgado de Garantías N° 2 del departamento judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en la causa instruida por denuncia de la escribana Elsa Ofelia Cabrera.

En ella refiere que el 18 de octubre de 2002 se presentó en su escribanía Graciela Giammatteo de Lopesino, quien había viajado a Paraná desde la localidad bonaerense de Victoria, con el objeto de que efectuara correcciones en un formulario "08" –concerniente a la transferencia del vehículo "GMC" dominio UVB-881– que, según el Registro de la Propiedad Automotor, carecía de un sellado.

Dice que en esas circunstancias pudo comprobar que los sellos estampados y las firmas insertas en ese documento no le correspondían, y que surgía burdamente su falsedad, puesto que se había utilizado un color de tinta distinto al permitido por la reglamentación, y una máquina que no le pertenecía (fs. 5/6).

Por su parte, Graciela Giammatteo relató que tras el fallecimiento de su cónyuge enajenó el vehículo mencionado precedentemente a Germán Vukonich –con domicilio en la capital de Entre Ríos– y encomendó los trámites de su transferencia a un supuesto gestor –de nombre Raúl García– cuyo domicilio y teléfono se hallaban anotados en una agenda que perteneció a su esposo.

Afirma también que, para la realización de su tarea, García solicitó la suma de trescientos dólares, que la exponente le transfirió por medio del Banco Río en el año 2001.

Manifiesta, que ante la falta de comunicación con el mandatario se trasladó hacia Paraná, donde junto con el comprador Vukonich lograron ubicarlo, y pudieron recuperar sólo el formulario "08" firmado ya que –según les manifestara– había extraviado el resto de la documentación del rodado (fs. 45).

El juez federal que recibió la denuncia, declinó su competencia a favor de la justicia provincial de Paraná, al entender que no surgía la intervención del Registro de la Propiedad Automotor y, por lo tanto, no se había afectado su normal funcionamiento (fs. 9).

A su vez, la justicia entrerriana declaró su incompetencia a favor de la bonaerense, al entender que si bien la falsificación documental habría tenido lugar en la ciudad de Paraná, surgía un perjuicio para el patrimonio de Giammatteo, que se habría producido en la Provincia de Buenos Aires, desde donde se habría realizado la transferencia al gestor (fs. 52/53).

El magistrado de San Isidro rechazó tal atribución al considerarla prematura (fs. 60/61).

Devueltas las actuaciones al juzgado de origen, su titular insistió en su criterio y elevó el incidente a la Corte (fs. 62).

En mi opinión, no es posible para el Tribunal ejercer las atribuciones que le acuerda el artículo 24, inciso 7°, del decreto ley 1285/58, pues los escasos elementos incorporados al incidente no resultan suficientes para conocer con la certeza necesaria los hechos que motivaron esta causa (Competencia N° 452, L. XXXVIII *in re* "Alcaraz, Martín Bernabé s/ amenazas, encubrimiento", resuelta el 13 de mayo de 2003).

En este sentido, si bien es cierto que la hipotética falsificación en la que –supuestamente– habría participado el gestor García se habría concretado en Entre Ríos –tal como lo sostiene el juez de esa provincia a fs. 52/53– a mi modo de ver, esa eventualidad no basta aún para dilucidar el verdadero alcance y la significación jurídica de los hechos materia del proceso los que, según mi parecer, no pueden ser apreciados in extenso, en virtud de que la ausencia de la necesaria investigación que debe preceder a toda cuestión de competencia, obsta la posibilidad de encuadrar los sucesos en alguna figura determinada con el grado de certeza que esta etapa requiere, y de formar fundado criterio

acerca del lugar de su comisión, para finalmente discernir el tribunal al que corresponde investigarlos (Fallos: 303: 634; 304:949 y 308:275), máxime cuando ante la multiplicidad de circunstancias que comprenden, podría existir más de una calificación posible (competencia N° 132 L. XXXVIII "Goettig, Leticia del Carmen s/ su denuncia", resuelta el 22 de agosto de 2002).

En ese orden de ideas, creo oportuno señalar que aún no ha sido oída la empleada de la escribanía –Carina Suárez– la que, según los dichos de Cabrera, habría atendido un llamado de una persona que hablaba desde La Paz, quien manifestaba que le habían rechazado un trámite de transferencia en el Registro de la Propiedad Automotor por la falta de un sellado, ni se ha escuchado testificalmente al adquirente del automóvil, Alberto Germán Vukovich. Tampoco se ha verificado si el dinero que da cuenta el comprobante de transferencia de efectivo agregado a fs. 1 del incidente, fue percibido en Paraná por su beneficiario Raúl Alberto García.

Por otra parte, si bien los dichos de la denunciante y de la vendedora del vehículo, resultan coincidentes y no se encuentran desvirtuados por otras constancias de la causa (Conf. Fallos: 308:213 y 1786 entre otros), no puede discernirse la competencia sólo por sus manifestaciones ya que, debe repararse en que no se ha convocado a esta última ni al supuesto gestor, para que desarrollen sendos cuerpos escriturarios que, añadidos al confeccionado a fs. 4 por la notaria Cabrera, contribuyan a establecer pericialmente si el documento cuestionado resulta falso, y eventualmente, deslindar responsabilidades en cuanto a la autoría de las rúbricas que se insertaran.

A su vez, todavía no se han cotejado los sellos existentes en la escribanía de Elsa Ofelia Cabrera, con los asentados en el formulario "08", con el objeto de verificar si también resultan apócrifos.

Por lo tanto, opino que corresponde al Juzgado de Instrucción N° 4 de Paraná, Provincia de Entre Ríos, a cuyos estrados concurrió la denunciante a hacer valer sus derechos (Fallos: 291:272; 293:405; 311:487 y 528; 317:486 y Competencia N° 1818 L. XXXVII *in re* "Gómez, Lucrecia Ileana s/ denuncia", resuelta el 13 de noviembre de 2001), y donde se habría descubierto la presunta falsedad (Fallos: 311:1390; 312:1213 y Competencia N° 303, L.XXXVI *in re* "Zarza, Néstor F. y otros s/ estafas reiteradas", resuelta el 29 de agosto de 2000), conti-

nuar conociendo en la causa, sin perjuicio de lo que surja de la ulterior investigación. Buenos Aires, 25 de febrero de 2005. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

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 Instrucción N° 4 de Paraná, Provincia de Entre Ríos, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

EDUARDO ROMULO CASTRO SANCHEZ v. ANSeS

JUBILACION Y PENSION.

El derecho del afiliado, en principio, se consolida por el hecho del cese en la actividad, siendo éste el que determina la ley aplicable.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JUBILACION Y PENSION.

Corresponde desestimar la queja si resulta acertada la afirmación de los jueces referida a que al momento en que el interesado solicitó la jubilación ordinaria estaba ya vigente la ley 24.018, que en el inciso d) de su art. 20, establece que para lograrla debía acreditar que ejerció la función por lo menos durante 2 años, lapso que aquél no alcanzó.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JUBILACION Y PENSION.

Las solicitudes que persigan la obtención de beneficios especiales deben dilucidarse con un criterio estricto y riguroso pues median obvias razones de justicia que impiden evaluarlas con la amplitud a la que corresponde atenerse ante aquellas destinadas a acceder a prestaciones ordinarias.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El titular de estas actuaciones, –que goza de un retiro militar– por haber ejercido también el cargo de Secretario de Estado solicitó la conversión de aquél beneficio por el establecido en la ley 20.945 para quienes hayan desempeñado el mencionado cargo, pedido que le fue denegado por el organismo previsional. Apelado que fue tal rechazo, el titular del juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 2, por los fundamentos que ilustra la sentencia obrante a fs. 56/59 (del principal, foliatura a citar en adelante) dejó sin efecto la resolución administrativa y, en consecuencia, hizo lugar a la solicitud impetrada. Los integrantes de la Sala I del Fuero, a cuyos estrados arribaron las actuaciones a raíz del recurso articulado por la apoderada del organismo previsional, decidieron, en definitiva, revocar la sentencia del inferior.

Para resolverlo así, señalaron, en síntesis y en lo que es materia de recurso, que al momento en que el interesado cesó en sus actividades, tanto la ley mediante la cual pretendía acceder al beneficio, cuanto a las que ella se remitía, no estaban aún vigentes, y, al tiempo en que ejerció la opción para convertir el retiro que gozaba en jubilación ordinaria, aquéllas leyes habían sido derogadas por la similar N° 24.018, la que, a efectos de posibilitar dicho cambio, requería haber ejercido el cargo de Secretario de Estado durante 2 años, lapso que el interesado no alcanzó.

Como tampoco a la fecha del cese en ese cargo contaba con la edad requerida para acceder al beneficio, ni intentó, durante la vigencia de las normas que le permitían hacerlo, ejercer la facultad mencionada, pues se mantuvo en el goce del retiro militar, los magistrados concluyeron que, a tenor de las pautas que sobre el tema sentara V.E., en el caso

no se le afectó derecho adquirido alguno, razón por la cual, como dije, resolvieron que debían revocar la sentencia apelada (v. fs. 72/73 vta.).

Contra lo decidido así, y sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, interpuso el interesado recurso extraordinario (a fs. 75/78 vta.), el que, previo traslado de ley, le fue denegado, circunstancia que motivó la presente queja, que, a mi juicio, no resulta viable, pues considero que el fallo cuenta con suficiente fundamentación que lo ponen a reparo de la tacha que se le endilga.

En efecto, pues, en principio, en tanto los jueces, para determinar la normativa aplicable, actuaron las pautas orientadoras que de antiguo establecieron reiterados precedentes del Tribunal, que, como es obvio, le venían impuestas (Fallos: 21:134; 205:614; 245:429; 289:185; 311:1644), entre ellas, y por un lado, la que ilustra que, en principio, el derecho del afiliado se consolida por el hecho del cese en la actividad, siendo éste el que determina la ley aplicable (v., entre otros, Fallos: 294:83; 302:1267; 315:2584), y, por el otro, la que, de larga data, determina cuándo se configura un supuesto de privación de derechos adquiridos en materia previsional, y que transcriben (v. fallos: 222:122; 274:31; 280:328: 315: 2584). Con relación al tema, señalo, además que también es acertada la afirmación de los jueces referida a que al momento en que el interesado solicitó la jubilación ordinaria estaba ya vigente la ley 24.018, que en el inciso d), de su artículo 20, establece que para lograrla debía acreditar que ejerció la función por lo menos durante 2 años, lapso que, como bien dicen, aquél no alcanzó.

Admitido ello, cabe señalar, en fin, que como las referencias que hace el sentenciador respecto de las cuestiones fácticas resultan razonables, en tanto concuerdan con los documentos que integran las actuaciones, y la jurisprudencia del Tribunal respecto a que las solicitudes que persigan la obtención de beneficios especiales deben dilucidarse con un criterio estricto y riguroso pues median obvias razones de justicia que impiden evaluarlas con la amplitud a la que corresponde atenerse ante aquellas destinadas a acceder prestaciones ordinarias (Fallos: 308:2668; 311:2781), considero que, como dije, no pueden aceptarse los agravios del apelante.

Por todo lo expuesto, y repitiendo, como bien se afirma en el fallo, que aquél no queda sin protección previsional, considero que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 13 de julio de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Castro Sánchez, Eduardo Rómulo c/ ANSeS", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en la presente causa encuentran adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Eduardo Rómulo Castro Sánchez,** representado por el Dr. **Jorge Antonio Apolo.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 2.**

JUAN CARLOS SILVESTRI v. NACION ARGENTINA y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema el amparo deducido por tenedores de títulos de consolidación de la deuda pública en dólares estadounidenses de la Provincia de Tucumán –contra la provincia y el Estado Nacional– a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los decretos que disponen la pesificación a $ 1,40 por cada dólar y la suspensión de los procesos iniciados al respecto, pues es la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación –o a una entidad nacional– al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental.
–Del precedente "Chiodi", al que remitió la Corte Suprema–.

MEDIDAS CAUTELARES.

No corresponde hacer lugar a la medida de no innovar tendiente a que se suspendan los alcances de los decretos provinciales y se ordene el pago de los títulos de consolidación de la deuda pública de la Provincia de Tucumán en la misma moneda y condiciones en que fueron pactadas originalmente, pues ello constituiría un claro exceso jurisdiccional, ya que su admisión tendría una incidencia directa en todos los títulos públicos emitidos por el Estado, en los cupones que por amortización e intereses se deban pagar en el futuro y en los ya devengados y no afrontados por el Estado provincial y produciría los mismos efectos que si se hiciese lugar a la demanda.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión sometida a conocimiento del Tribunal en el *sub lite* resulta sustancialmente análoga a la que fuera objeto de tratamiento por este Ministerio Público en oportunidad de expedirse, el 3 de julio de 2002, *in re* S. 997 XXXVIII, Originario "Sánchez Blanc, Nadia Claudina c/ Tucumán, Provincia de s/ amparo y su cita, C. 755. XXXVIII, Originario "Chiodi, Carlos A. y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción de amparo", el 26 de abril de 2002.

En virtud de lo expuesto en dichos dictámenes, que doy aquí por reproducido *brevitatis causae*, opino que este proceso corresponde a la competencia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 29 de abril de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 10 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante precedentemente, este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2°) Que la cuestión planteada resulta sustancialmente análoga a la resuelta por el Tribunal el 16 de noviembre de 2004 en la causa C.755.XXXVIII "Chiodi, Carlos Aníbal y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción de amparo" y a los fundamentos y conclusiones allí expuestos corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte; II. Requerir el informe circunstanciado establecido en el art. 8° de la ley 16.986 al Estado Nacional y a la Provincia de Tucumán, el que deberá ser contestado en el plazo de 10 días, más otros 6 que se fijan en razón de la distancia respecto del Estado provincial; III. Rechazar la medida cautelar pedida. Notifíquese por oficio a la Nación y al señor gobernador y al señor fiscal de Estado de la provincia demandada a través del juez federal de la respectiva jurisdicción. Notifíquese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Demanda originaria interpuesta por: **Juan Carlos Silvestri.**
Tribunal que se declaró incompetente: **Juzgado Federal de San Miguel de Tucumán N° 2.**

LINDORO ICSCA Y OTRO V. ADMINISTRACION NACIONAL DE ADUANAS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

Es formalmente admisible el recurso ordinario de apelación deducido contra la sentencia que admitió la demanda tendiente a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la omisión de verificar, clasificar y valorar adecuadamente mercadería importada, porque la Nación es parte en el pleito y el monto disputado en último término, según la estimación formulada en el respectivo escrito de interposición, supera el mínimo legal fijado al efecto.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.

No cabe derivar la existencia de responsabilidad estatal con fundamento en el error judicial como consecuencia de la prisión preventiva dictada por el juez que

instruyó la causa penal en el ejercicio regular de sus atribuciones, pues el error en que incurrieron inicialmente los agentes aduaneros y la sospecha de adquisición y giro injustificado de divisas subsistieron parcialmente en razón de la propia conducta del imputado, que al ser indagado, formuló declaraciones que el juez calificó de evasivas y lindantes con el desvarío.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.

Debe descartarse la existencia de responsabilidad penal por error judicial si lo actuado en la causa criminal no aparece como groseramente arbitrario.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño material.

El reclamo de "intereses" sobre el valor de la mercadería inmovilizada resulta incompatible con el reclamo de las "utilidades dejadas de percibir" por la indisponibilidad de dicha mercadería durante el tiempo del proceso, pues tales intereses constituyen, precisamente, la renta o utilidad del capital, de tal modo que ambos rubros se superponen, máxime si el interesado no invoca ni explica por qué razón, en las concretas circunstancias del caso, las "utilidades" dejadas de percibir necesariamente habrían de ser superiores a las ganancias que constituyen frutos normales del capital.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño moral.

Corresponde rechazar el reclamo de indemnización del daño moral, si no se ha demostrado que la "fobia persecutoria" y las demás condiciones físicas del demandante guarden la necesaria relación de causalidad con la actuación irregular de los agentes aduaneros.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Lindoro ICSCA y otro c/ Estado Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, al revocar la sentencia dictada en la instancia precedente, admitió parcialmente la demanda interpuesta por la sociedad en comandita

por acciones Lindoro ICSCA y por el propietario de la mayoría del capital, don Jacobo Mauricio Feldman. La demanda fue dirigida contra el Estado Nacional "en la Administración Nacional de Aduanas" (cfr. fs. 48 vta. del primer cuerpo), a fin de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la omisión de verificar, clasificar y valorar adecuadamente la mercadería importada para el consumo y despachada a plaza desde el Puerto de Isla Grande de Tierra del Fuego, en noviembre de 1982. Dicha conducta de los funcionarios de la Administración Nacional de Aduanas dio lugar al sumario de prevención iniciado el 23 de noviembre de 1982, en el que se dispuso la clausura de los locales de la empresa y de la sede social situada en la calle Warnes 1490 de la ciudad de Buenos Aires, así como al cierre de las cuentas corrientes y a la prohibición de operar en cambios y de exportar e importar; actuaciones que, a su vez, dieron lugar a la iniciación de la causa penal por contrabando tramitada ante el Juzgado Federal de Ushuaia. El magistrado interviniente decretó la prisión preventiva del demandante, y la causa concluyó con el sobreseimiento definitivo dictado el 2 de febrero de 1984 por inexistencia del delito investigado y sin perjuicio de la prosecución de las actuaciones sumariales en sede aduanera, por presunta infracción al art. 954, inc. c, del código respectivo.

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada en sustancia destacó que los términos del sobreseimiento dictado en la causa penal ponían de manifiesto que los funcionarios aduaneros había actuado de modo irregular al omitir verificar, clasificar arancelariamente y valorar correctamente la mercadería inspeccionada (a la que consideraron carente de valor, cuando en verdad se trataba de efectos aptos para servir al destino para el que habían sido fabricados), sin haber citado ni dado al importador ni al despachante de aduana oportunidad de ser oídos al respecto. Por aplicación de la doctrina de conformidad con la cual, quien contrae la obligación de prestar un servicio es responsable por los perjuicios que causare su ejecución irregular (Fallos: 306:2030 y 307:821), la cámara condenó a la demandada a pagar "por todo concepto" 3.089.432,83 pesos a la firma Lindoro ICSCA, más 150.000 pesos a título de resarcimiento del daño moral experimentado por don Jacobo Mauricio Feldman.

3°) Que contra esta decisión, la actora interpuso el recurso ordinario de apelación concedido a fs. 1289 vta., que es formalmente admisible porque la Nación es parte en el pleito y el monto disputado en último término, según la estimación formulada en el respectivo escri-

to de interposición (cfr. fs. 1275; 31.231.731,32 pesos), supera el mínimo legal fijado al efecto. La demandada también impugnó la sentencia mediante el recurso ordinario de apelación desestimado por extemporáneo a fs. 1339/1339 vta., después de haber sido rechazado el incidente de nulidad de la notificación de la sentencia apelada y desestimado el recurso extraordinario federal interpuesto por ella contra dicho rechazo.

4°) Que de las constancias de la causa penal agregada resulta en síntesis que al proceder a la apertura e inspección de cinco contenedores cerrados, despachados a plaza y depositados en el local de la empresa actora situado en la calle Malvinas Argentinas de la ciudad de Ushuaia, los funcionarios aduaneros verificaron la mercadería detallada en las planillas agregadas a fs. 264/267 de dicha causa, a la que asignaron un valor total de 189.449 dólares norteamericanos por tratarse de mercadería de "antigua data", vgr., inservible o utilizable como "chatarra". La diferencia de tal valoración con los 5.145.982 dólares declarados por la importadora en los formularios correspondientes hizo presumir a los funcionarios de la Administración Nacional de Aduanas y, con posterioridad, al juez de la causa, que las mercaderías habían sido sobre–valoradas con el propósito de obtener y girar al exterior una suma de divisas mayor que el valor real declarado; sospecha que dio lugar a la formación de la respectiva causa penal por contrabando. En el transcurso de ésta, el juez de la causa decretó y confirmó las medidas cautelares relativas al secuestro de los efectos, clausura de locales, suspensión de la autorización para operar en cambios y exportar e importar, así como el allanamiento e inspección de tres contenedores adicionales despachados a los depósitos de la empresa (en los que se encontró mercadería diversa, tal como cuatro juegos de piñones y aros para automóviles Chevrolet modelo 1947 y puntas de eje importados con anterioridad). Con fundamento en los motivos expuestos, el juez decretó la prisión preventiva de don Jacobo Mauricio Feldman, confirmada por la cámara el 27 de enero de 1983 (v. fs. 270/271 y 409/410 de la causa penal agregada). De la verificación inicial de la mercadería, practicada por los agentes aduaneros, resultaba que buena parte de ella era de antigua data pues su fecha de fabricación databa de 1954, 1957 o 1960, y una parte de ella era "surplus" vendido por el ejército norteamericano. No obstante, después de los dos peritajes ordenados por el magistrado, éste concluyó que, pese a su antigüedad, dicha mercadería debía ser clasificada como nueva pues, tal como lo había señalado el perito mecánico, tanto los "cigüeñales", bielas, engranajes, las puntas de eje para vehículos mili-

tares, los filtros de aceite y de agua, válvulas, cilindros, balancines, motores para el posterior armado de artefactos de aire acondicionado, el periscopio de tanque Sherman adaptable al Tanque Argentino Mediano y demás artículos detallados en las planillas agregadas a fs. 264/267 del segundo cuerpo de la causa penal, eran aptos para cumplir con las funciones para las que habían sido fabricados y no constituían material inservible (v. memorial de agravios contra el auto de prisión preventiva a fs. 383/388; informe del perito ingeniero mecánico de fs. 862/865, anulado a fs. 879/879 vta., y nuevo informe pericial de fs. 912/913 vta. de la causa penal referida; cfr., además, documentación explicativa suministrada por proveedores y empresas del ramo, incorporada con posterioridad a la verificación original como parte del Anexo IV "Pericia Mecánica", adjunto a la causa penal aludida).

En consecuencia, y por considerar además que el funcionario aduanero que había realizado la verificación inicial carecía de aptitud para clasificar arancelariamente y en consecuencia valorar adecuadamente los efectos incautados, el magistrado sostuvo que la valoración inicialmente efectuada por la Aduana había sido errada y sobreseyó definitivamente al procesado (v. auto de fs. 950/951 de la causa penal indicada). Como se expresó, con base en los fundamentos del auto de sobreseimiento definitivo, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia sostuvo que en la especie el Estado Nacional debía responder por la actuación irregular de los agentes aduaneros.

5°) Que la actora se agravia por considerar que la indemnización fijada en la sentencia recurrida es exigua, ya que el daño efectivamente causado a su parte alcanza, a su entender, a un monto cercano a los 12.200.000 de pesos, adicionales a los reconocidos a su parte. En tal sentido, señala que en la demanda se reclamó tanto el daño derivado de la imposibilidad de disponer de la totalidad de la mercadería secuestrada desde la formación del sumario de prevención (en noviembre de 1982 y hasta poco después del sobreseimiento definitivo, dictado en febrero de 2004), como el daño derivado de la consiguiente imposibilidad de operar la empresa, debido a las sucesivas interdicciones y medidas cautelares decretadas o reiteradas por el juez de la causa penal en virtud de la irregularidad inicial que dio lugar al sumario de prevención instruido por la autoridad aduanera. Destaca que dichas medidas se revelaron al fin como inútiles e innecesarias, tal como lo evidencian los términos del propio auto de sobreseimiento definitivo, fundado en la inexistencia del delito investigado. Agrega que la sentencia apelada admite computar los intereses que hubiera producido

el capital inmovilizado pero omite considerar el reclamo relativo al lucro cesante, constituido por las utilidades dejadas de percibir a causa de la inmovilización de la mercadería y la suspensión del giro de la empresa. Por otra parte, asevera que los 150.000 pesos fijados como indemnización por daño moral en favor de don Jacobo Mauricio Feldman son desproporcionados con relación al padecimiento moral verdaderamente sufrido por el demandante que, como consecuencia de los hechos expuestos en la demanda, sufre de una "fobia persecutoria" en virtud de la cual ha dejado de vivir en el país.

6°) Que ante falta de impugnación oportuna de la Administración Nacional de Aduanas a la sentencia apelada, cuyos fundamentos le atribuyen responsabilidad por su actuación irregular, no corresponde que el Tribunal se expida en contrario sobre el particular. Sin perjuicio de ello, también cabe tener presente que de modo congruente con lo solicitado en la demanda, la sentencia apelada no condenó a indemnizar la totalidad de los daños experimentados por la empresa, sino tan solo aquellos que fueron consecuencia directa de la actividad irregular del servicio aduanero, sin comprender los que pudieron haber resultado de un hipotético error judicial en la tramitación de la causa penal, no invocado en la demanda ni acreditado en la especie. Sobre el particular, no cabe derivar la existencia de responsabilidad estatal como consecuencia de las medidas cautelares decretadas por el juez que instruyó la causa penal en el ejercicio regular de sus atribuciones, supuesto en que cabe descartar la existencia de error judicial (doctrina de Fallos: 317:1233). Por lo demás, las constancias de la causa penal indican que el error en que incurrieron inicialmente los agentes aduaneros y la consiguiente sospecha de adquisición y giro injustificado de divisas al exterior, que constituyó el fundamento del auto de prisión preventiva, subsistieron parcialmente en razón de la propia conducta del imputado, que al ser indagado, formuló declaraciones que el juez en lo penal calificó de evasivas y lindantes con el desvarío (cfr. auto de fs. 270 *in fine* y 271 de la causa penal agregada). Asimismo, procedió a aportar la documentación adicional explicativa necesaria para determinar la posición arancelaria de la mercadería con posterioridad al sumario de prevención. A mayor abundamiento es menester añadir que lo actuado en la causa criminal (esto es, el dictado de la prisión preventiva y su mantenimiento, así como el de las restantes medidas cautelares) tampoco aparece como groseramente arbitrario o irregular (cfr. causa C.1124 XXXV "Cura, Carlos Antonio c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Est. Nacional) s/ daños y perjuicios", fallada el 27 de mayo de 2004).

Acotada entonces la cuestión a la medida de los daños exclusivamente imputables al obrar irregular de los funcionarios aduaneros, es menester señalar que el reclamo de "intereses" sobre el valor de la mercadería inmovilizada resulta incompatible con el reclamo de las "utilidades dejadas de percibir" por la indisponibilidad de dicha mercadería durante el tiempo del proceso. Ello es así, toda vez que los intereses aludidos constituyen, precisamente, la renta o utilidad de dicho capital; de tal modo que ambos rubros se superponen, máxime toda vez que en el escrito agregado a fs. 1298/1303, el interesado no invoca ni explica por qué razón, en las concretas circunstancias del caso, las "utilidades" dejadas de percibir necesariamente habrían de ser superiores a las ganancias que constituyen frutos normales del capital. Por último, y en cuanto a la indemnización del daño moral, tampoco ha demostrado que la "fobia persecutoria" y las demás condiciones físicas del demandante (que hoy cuenta con prácticamente sesenta años de edad) descritas en el memorial de agravios correspondiente guarden la necesaria relación de causalidad con la actuación irregular de los agentes aduaneros.

Por ello, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del recurso, con costas. Notifíquese y remítanse.

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

Recurso ordinario interpuesto por **Lindoro ICSCA y Jacobo Mauricio Feldman,** representados por los Dres. **Luis J. Fernández Cronenbold y Alejandro Rossi.**
Traslado contestado por **la AFIP – Dirección General de Aduanas,** representada por la Dra. **Soledad I. Gaggino.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Ushuaia.**

ALEJANDRO F. GONZALEZ S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es admisible el recurso extraordinario si se halla en cuestión la interpretación y aplicación de normas de indudable naturaleza federal, como son la ley 25.561, los

decretos del Poder Ejecutivo Nacional 1570/01, 214/02 y las comunicaciones del Banco Central de la República Argentina A-3467 y A-3496, invocadas por el recurrente, y la decisión ha sido contraria a las pretensiones esgrimidas con sustento en ellas.
–Del precedente "Yacuiba", al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Aunque el recurso extraordinario sólo fue concedido en cuanto a la interpretación de normas federales, corresponde que la Corte atienda los agravios con la amplitud que exige la defensa en juicio, pues la determinación de la inteligencia de normas de naturaleza federal se encuentra inescindiblemente unida con la tarea de ponderar la validez o invalidez de los argumentos por los cuales el *a quo* negó su aplicación.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que dispuso que la entidad bancaria se abstuviera de ejecutar las disposiciones emanadas de la ley 25.561 y los decretos 1570/01 y 214/02 y sus normas reglamentarias, referidas a la llamada pesificación de los depósitos, y ordenó mantener el depósito efectuado en las actuaciones en dólares, sin pesificarlos o someterlos a cualquier otra modalidad distinta de la pactada, pero lo hizo sin hacerse cargo de los agravios expresados por la recurrente en orden a que omitió declarar la invalidez constitucional de tales disposiciones.
–Del precedente "Yacuiba", al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Es descalificable el pronunciamiento que no se hizo cargo, en debida y suficiente forma, de las argumentaciones respecto de la competencia del tribunal, que fuera impugnada por el recurrente, con fundamento en las leyes 7 y 189 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24.522, y en las leyes federales 24.588 y 25.587, ni fueron atendidos sus planteos respecto a que si bien los depósitos de los que se trata no son uno más de los propios del circuito financiero, no dejan de estar sujetos a sus leyes, características de las actividad bancaria.
–Del precedente "Yacuiba", al que remitió la Corte Suprema–.

MONEDA EXTRANJERA.

Las facultades del Banco Central respecto de la programación de las obligaciones en dólares estadounidenses –según lo prescripto por la comunicación A-3496– no pueden alterar la pesificación dispuesta por normas de superior jerarquía que dicha institución no está en condiciones de modificar o ignorar.
–Del precedente "Yacuiba", al que remitió la Corte Suprema–.

MONEDA EXTRANJERA.

Es descalificable el pronunciamiento que omitió aplicar la normativa federal que dispone la pesificación sólo con fundamento en la ley 9667, ya que ésta sólo otorga facultades a los jueces para disponer el destino de los fondos por ellos depositados a los fines de su extracción, embargo o transferencia, pero no dispone acerca de la forma de imposición de los fondos, la manera en que podrá ser efectuada o las tasas de interés que habrán de aplicarse.
–Del precedente "Yacuiba", al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

La cuestión debatida en autos y los agravios vertidos en el presente recurso guardan sustancial analogía con lo examinado en el dictamen que emití el día 1° de julio del corriente año, en el precedente Y. N° 20, L. XXXIX, autos "Yacuiba S. A. s/ quiebra s/ incidente de extensión a Ismael Olivares y Timbó S.A.C." que en copia se acompaña y cuyos fundamentos doy por reproducidos en cuanto fueren aplicables al *sub judice.*

Por lo expuesto opino que V. E. debe hacer lugar al recurso extraordinario, dejar sin efecto la decisión apelada y mandar se dicte por quien corresponda una nueva sentencia ajustada a derecho. Buenos Aires, 16 de julio de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Alejandro F. González S.A. s/ quiebra".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en el *sub lite* resultan sustancialmente análogas a las consideradas y resueltas el 2 de diciembre de

2004 en la causa Y.20.XXXIX. "Yacuiba S.A. s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra a Ismael Olivares y Timbo S.A.C.", a cuyos fundamentos corresponde remitirse –en lo pertinente– por razones de brevedad.

Que no obsta a tal remisión la circunstancia de que en los presentes autos haya sido rechazado el recurso extraordinario en lo atinente a la causal de arbitrariedad –y concedido sólo en cuanto a la interpretación de normas federales– en la medida en que las deficiencias de fundamentación de la sentencia del *a quo* puestas de relieve en ese precedente –y que se verifican también en el caso de autos– se refieren, preponderantemente, al inadecuado examen de las razones esgrimidas por el recurrente para sostener la aplicación a los depósitos judiciales de las normas de tal carácter, como lo son la ley 25.561 y el decreto 214/02. En efecto, al ser ello así, la determinación de la inteligencia de normas de naturaleza federal se encuentra inescindiblemente unida con la tarea de ponderar la validez o invalidez de los argumentos por los cuales el *a quo* negó su aplicación (confr. doctrina de Fallos: 308:1076, entre otros). Por lo demás, esto último suscita igualmente cuestión federal (confr. doctrina de Fallos: 315:2555; 322:306). En consecuencia, corresponde que la Corte atienda los agravios con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (confr. Fallos: 323:1048 y 1061, entre otros).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario planteado y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda se dicte nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Costas por su orden en razón de encontrarse debatida una cuestión jurídica novedosa. Notifíquese y devuélvase con copia del precedente al que se remite.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **el Banco de la Ciudad de Buenos Aires,** representado por **Pedro Miguel Lorenti.**
Traslado contestado por **Rafael Perelmiter (síndico),** patrocinado por **la Dra. Verónica A. Acebedo.**
Tribunal de origen: **Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**

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

EDUARDO ALFREDO VALOT
v. ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se encuentra en discusión la inteligencia de una norma federal –el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. en 1998)– y la decisión del *a quo* ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

Si la pretensión del Fisco Nacional consiste en percibir los intereses resarcitorios previstos en el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. en 1998), debe determinarse si se configura alguno de los presupuestos de hecho que según esa norma da lugar al devengamiento de tales accesorios, ya que de no ser así tal pretensión resultaría ilegítima por ausencia de sustento legal, aun cuando no configurase un caso de anatocismo vedado por el art. 623 del Código Civil.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

El derecho tributario –en cuyo ámbito ha sido consagrada la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial, y con carácter supletorio o secundario los que pertenecen al derecho privado– presenta particularidades que se reflejan en distintos aspectos de la regulación de los intereses, en especial en lo referente a sus elevadas tasas, que se justifican por el interés de la comunidad en el pago puntual de los impuestos a fin de permitir el normal desenvolvimiento de las funciones del Estado.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

Corresponde confirmar la sentencia que declaró la nulidad de las resoluciones que liquidaron intereses resarcitorios sobre la deuda de intereses del mismo tipo originada en el pago fuera de término de intereses y anticipos, pues el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. 1998), en su redacción vigente cuando el contribuyente canceló sus deudas, no contemplaba la aplicación de tales intereses sobre una deuda proveniente de la falta de pago de esos mismos accesorios cuando se hubiese cancelado la obligación principal.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

El argumento relativo a que el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. 1998) no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo resulta inconducente en tanto sólo traduce la pretensión de que se prescinda del texto legal para admitir la procedencia de intereses en supuestos que no han sido previstos en la norma.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

El párrafo que la ley 25.239 incorporó al art. 37 de la ley 11.683 (t.o. 1998) –estableciendo que en caso de cancelarse la deuda principal sin cancelarse al mismo tiempo los intereses devengados por dicha deuda, éstos, transformados en capital, devengarán desde ese mismo momento los intereses previstos en esa norma– importó una modificación del anterior régimen legal que sólo podría ser aplicable hacia el futuro.

LEY ACLARATORIA.

Es atribución del Poder Judicial determinar el carácter de la norma, cualquiera que sea la denominación dada por el legislador, con el fin de establecer si so pretexto de aclarar, se afectan derechos legítimamente adquiridos al amparo de la ley anterior.

LEY ACLARATORIA.

El carácter de aclaratorio que el legislador atribuye a la norma no es suficiente para que el órgano judicial lo reconozca, pues el debido resguardo de la independencia del Poder Judicial y el ejercicio consecuente del control de constitucionalidad de los actos públicos, impiden acatar un mandato que no es más que una reforma legislativa destinada a invadir la esfera propia de los magistrados.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 192/193, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –Sala V– confirmó la sentencia de la instancia anterior, que hizo lugar a la demanda iniciada por el actor

contra el Fisco Nacional a fin de obtener que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por el Jefe del Departamento Técnico Legal de la Dirección de Grandes Contribuyentes Nacionales de la Dirección General Impositiva, mediante las cuales se rechazaron los recursos de apelación interpuestos contra las liquidaciones de intereses practicadas por el organismo fiscal por diversos conceptos.

Para así decidir, recordó un precedente del mismo tribunal en el que se consideró que del análisis del art. 42 –actual 37– de la ley 11.683 no surgía que estuviera prevista la aplicación de intereses resarcitorios sobre intereses de ese mismo tipo, aun cuando éstos se capitalizaran, pues interpretar lo contrario implica violar el principio de legalidad al crear un suplemento tributario sin una norma previa que le otorgue fundamento. Añadió que, no obstante que la reforma introducida por la ley 25.239 al actual art. 37 de la citada ley tendría efectos aclaratorios, lo cierto es que con anterioridad "no existía normal legal alguna que estableciera la mentada capitalización", motivo por el cual debe interpretarse que no se trata de una mera aclaración sino de una modificación al régimen aplicable hasta el momento de su entrada en vigencia, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1999 y no puede alcanzar a aquellas obligaciones cuya cancelación del capital operó con anterioridad a dicha fecha.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 199/208. Sostiene allí que la Cámara omitió considerar que, al no haber cancelado el contribuyente la totalidad de su obligación tributaria –impuesto más intereses resarcitorios derivados de la mora en el cumplimiento del pago– se justifica el cobro de intereses de este tipo sobre el saldo adeudado porque participan de la misma naturaleza tributaria del gravamen por el cual se liquidaron. Añade que, a diferencia del derecho civil, en el fiscal se permite al contribuyente imputar al capital el pago efectuado a cuenta, con lo cual se siguen tributando intereses por el saldo adeudado sin el riesgo de incurrir en anatocismo, prohibido en el derecho privado.

Reproduce el texto del art. 42 de la ley 11.683 anterior a la reforma introducida por la 25.239 –vigente al momento de dictarse la resolución recurrida– y menciona que el Dictamen N° 16/92 precisó que dicha norma tiene carácter enunciativo, por lo cual concluye que, al

referirse a los “pagos a cuenta”, también comprende a los intereses capitalizados que generarían, a su vez, intereses resarcitorios, Al respecto, sostiene que le causa agravio la afirmación del tribunal acerca de que no puede legítimamente exigirse intereses sobre intereses no ingresados al Fisco en tanto no exista una norma que permita su capitalización, pues ello implica una interpretación restrictiva del art. 42 ya citado y, por otra parte, la reforma del art. 37, con sus efectos aclaratorios, solamente ratifica lo que la ley ya decía. Esta solución, a su entender, prescinde del texto normativo sin que hubiera mediado impugnación ni declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye una “flagrante violación al principio de división de poderes consagrado en la Constitución Nacional”.

– III –

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se encuentra en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal –leyes 11.683 y 25.239– y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a los derechos que invoca el apelante.

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, ante todo, 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.

Por otra parte, debo señalar que ambas partes coinciden en que las liquidaciones que dieron origen a las impugnaciones efectuadas por el actor en sede administrativa versan sobre intereses resarcitorios calculados sobre obligaciones tributarias correspondientes a los años 1993 a 1996, que fueron ingresadas fuera de término, circunstancia que indica que son anteriores a la sanción de la ley 25.239 (v. Boletín Oficial del 31 de diciembre de 1999). En tales condiciones, el *thema decidendum* consiste en dilucidar si el art. 18, 2° parte, de dicha ley, que introduce un agregado a continuación del cuarto párrafo del art. 37 de la ley 11.683 (t.o. 1998), reviste carácter aclaratorio o modificatorio

y, en caso de que se concluya en esta última hipótesis, si bajo el amparo de las disposiciones anteriores a aquella ley, el Fisco Nacional se encontraba habilitado a capitalizar los intereses resarcitorios no satisfechos por el contribuyente, mecanismo financiero denominado "anatocismo".

En cuanto a la primera cuestión señalada, adelanto desde ya mi opinión en el sentido de que la norma que agrega el art. 18, 2° parte, de la ley 25.239 no es aclaratoria, sino que, bajo tal apariencia, introduce una verdadera modificación, al establecer un concepto que el texto anterior del art. 37 de la ley 11.683 no contenía en forma específica, ni habría podido deducirse por su sola interpretación.

Al respecto, cabe recordar que V.E. ha admitido desde antiguo la facultad que asiste al Congreso Nacional de dictar leyes aclaratorias o interpretativas de otras anteriores con el objeto de despejar dudas sobre conceptos oscuros, equívocos o dudosos, o frente a la existencia de interpretaciones judiciales contradictorias, o aun existiendo ya pronunciamiento de la Corte en sentido contrario al establecido por la ley aclaratoria (Fallos: 311:290 y sus citas). Por otra parte, es atribución del Poder Judicial determinar el carácter de la norma cualquiera hubiese sido la denominación que le hubiere dado el legislador, con el fin de establecer si so pretexto de aclarar, se afectaban derechos legítimamente adquiridos bajo el amparo de la ley anterior (Fallos: 311:2073 y sus citas). Asimismo, ha dicho V.E. que el carácter de aclaratoria que el legislador atribuye a la norma no es suficiente para que el órgano jurisdiccional lo reconozca, pues el debido resguardo de la independencia del Poder Judicial y el ejercicio consecuente del control de razonabilidad de los actos públicos, impiden acatar un mandato que no es más que una reforma legislativa destinada a invadir la esfera propia de los magistrados (Fallos: 234:717; 307:305).

En lo que atañe al *sub lite*, la pretensión de la apelante en el sentido de que los intereses resarcitorios no cancelados se conviertan en capital, independizándose así de su fuente para producir nuevos intereses, implica una mutación de la naturaleza de la deuda inaceptable en materia tributaria, por aplicación del principio de reserva o legalidad. En efecto, el texto anterior de la norma en cuestión enumeraba los conceptos que, ante la falta de pago, devengaban un interés resarcitorio, sin que estuviera contemplada expresamente la capitalización de los intereses no cancelados de ese tipo.

Por otra parte, la pretensión de encuadrar los intereses impagos en la expresión “demás pagos a cuenta” empleada por el art. 37 de la ley ritual no corre, desde mi óptica, mejor suerte, pues resulta claro que aquellos no representan obligaciones de cumplimiento independiente, con individualidad y fechas de vencimientos propias (Fallos: 258:177), que el organismo fiscal puede exigir hasta el vencimiento de ese plazo general (Fallos: 303:747).

En estas condiciones, considero que la demandada, al capitalizar los intereses resarcitorios impagos y exigir el pago de nuevos intereses sobre ellos, modificó un elemento directamente determinante de la cuantía de la obligación impositiva que resultaba de las normas legales aplicables (v. Fallos: 319:3400; 321:270).

En relación a este aspecto, V.E. sostuvo en el precedente de Fallos: 321:366 que “la jurisprudencia de esta Corte ha establecido categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas” y ha afirmado reiteradamente que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones.

De acuerdo a lo expuesto, no sólo se descarta el carácter aclaratorio de la modificación introducida al art. 37 de la Ley de Procedimiento Tributario por el art. 18 de la ley 25.239 –norma que, en consecuencia, sólo rige hacia el futuro y cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio en estos autos– sino también queda claramente determinado, de acuerdo al análisis comparativo efectuado entre ambas normas, que el texto anterior de la disposición citada no permitía al Fisco Nacional aplicar intereses resarcitorios sobre los intereses del mismo tipo no abonados por el contribuyente, circunstancia que ha sido correctamente advertida por la Cámara al efectuar el enfoque de la cuestión controvertida, en concordancia con la tradicional jurisprudencia del Alto Tribunal referida al principio de legalidad en materia tributaria.

Por otra parte, también el art. 623 del Código Civil, aplicable en razón de la ausencia de una norma específica sobre el particular y en tanto no resulta incompatible con los principios rectores en materia

fiscal (Fallos: 304:556), impone desestimar el reclamo de la recurrente de capitalizar los intereses que se devengan sobre el capital no pagado, habida cuenta que el caso no encuadra en las excepciones previstas en dicho precepto (Fallos: 302:1363). Ello es así, pues, si bien dicha norma, luego de su reforma por la ley 23.928, autoriza la capitalización de intereses con un criterio más amplio que en la anterior redacción, sigue limitándola a los supuestos expresamente contemplados por la norma, los que –dado su carácter de excepción a la regla– no pueden ser interpretados extensivamente (Fallos: 316:3131; 319:63) y, en el caso de autos, es evidente que no podía haber acuerdo entre las partes ni un mandato judicial en este sentido.

– V –

Por todo lo expuesto, opino que debe confirmarse la sentencia de fs. 192/193 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 6 de noviembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Valot, Eduardo Alfredo c/ AFIP – D.G.I. – resols. 23/3/99 y 31/5/99 s/ Dirección General Impositiva".

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar lo decidido en la anterior instancia, hizo lugar a la demanda deducida con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones del organismo recaudador mencionadas en el escrito de fs. 1/5 en cuanto en ellas se liquidaron intereses resarcitorios sobre la deuda de intereses del mismo tipo originada en el pago fuera de término de impuestos y anticipos, el organismo recaudador interpuso recurso extraordinario que fue concedido mediante el auto de fs. 223.

2°) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el *a quo* consideró que del examen del art. 42 de la ley 11.683 (37 en el texto ordenado en el año 1998) no surgía que se encontrase prevista la aplicación de intereses sobre intereses, y que no existía una norma que estableciese la capitalización de éstos a fin de que constituyeran base de cálculo de nuevos intereses. En consecuencia, juzgó que la exigencia del organismo recaudador era ilegítima, pues importaría crear un suplemento tributario sin una norma previa que le diese fundamento. En esa inteligencia, negó que la mención efectuada en el citado art. 37 de los "demás pagos a cuenta" pudiese otorgar sustento a la posición de la AFIP.

3°) Que, por otra parte, entendió que el párrafo incorporado por la ley 25.239 al mencionado art. 37 no importa una mera aclaración ya que modifica el régimen vigente hasta entonces, por lo que no puede alcanzar a las obligaciones cuyo capital –como en el caso de autos– había sido cancelado con anterioridad.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en discusión la inteligencia de una norma federal –el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. en 1998)– y la decisión del *a quo* ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

5°) Que en el escrito respectivo, el representante del organismo recaudador sostiene, entre otros argumentos, que a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el derecho fiscal se permite al deudor imputar el pago a cuenta al capital, de manera que en ese campo –en caso de abonarse el capital adeudado sin los intereses– no hay posibilidad de que se configure anatocismo vedado por el art. 623 del Código Civil al no haber una duplicación de intereses que se computen simultáneamente sobre dos sumas de dinero representativas del capital y del interés de éste, ya que el deudor pasa a deber una única suma –los intereses impagos que cesan de devengarse a partir de la cancelación del capital– y, en tal supuesto nada impide que ese valor –ya desprendido e independizado de su fuente– constituya una deuda de dinero autónoma que devengue intereses en caso de mora.

Aduce asimismo que el art. 37 de la ley 11.683 no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo, y que dado que el contribuyente no canceló íntegramente su obligación tributaria, considerando como tal no solo al impuesto sino también a los intereses resarcitorios derivados de la mora en su pago, se justifica el cobro de intereses por el

saldo adeudado ya que ese pago fue parcial. En esa comprensión, destaca que la ley se refiere a "pagos a cuenta", y afirma que la reforma del art. 37 ratifica lo que la ley ya disponía con anterioridad.

6°) Que dado que la pretensión del Fisco Nacional consiste en percibir los intereses resarcitorios previstos en el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. en 1998), debe determinarse si se configura alguno de los presupuestos de hecho que según esa norma da lugar al devengamiento de tales accesorios, ya que de no ser así tal pretensión resultaría ilegítima por ausencia de sustento legal, aun cuando no configurase un caso de anatocismo vedado por el art. 623 del Código Civil (confr. Fallos: 304:226 y 308:463).

7°) Que al respecto cabe recordar que el derecho tributario –en cuyo ámbito ha sido consagrada la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial, y con carácter supletorio o secundario los que pertenecen al derecho privado (art. 1° de la ley 11.683, t.o. en 1978, y Fallos: 307:412, entre otros)– presenta particularidades que, en lo que importa en el *sub lite*, se reflejan en distintos aspectos de la regulación de los mencionados intereses (confr. Fallos: 323:1315, considerando 10 y sus citas), en especial en lo referente a sus elevadas tasas, que se justifican por el interés de la comunidad en el pago puntual de los impuestos a fin de permitir el normal desenvolvimiento de las funciones del Estado (confr. Fallos: 308:283; 316:42 –considerando 4°–; 323:3412).

8°) Que, sentado lo que antecede, corresponde coincidir con la interpretación que el *a quo* ha efectuado del mencionado art. 37 ya que éste –en su redacción vigente cuando el contribuyente canceló sus deudas por impuestos y anticipos (ver fs. 16/25 y 28/29)– preveía el devengamiento de intereses resarcitorios ante la "falta total o parcial de pagos de gravámenes, retenciones, percepciones, anticipos y demás pagos a cuenta" (párrafo primero). Resulta claramente del texto legal que no se ha contemplado la aplicación de tales intereses sobre una deuda proveniente de la falta de pago de esos mismos accesorios cuando se hubiese cancelado la obligación principal. Precisamente respecto de este supuesto –la percepción por parte del Fisco de la deuda principal– el mencionado artículo se limita a establecer la subsistencia de la obligación de abonar estos intereses –mientras no haya transcurrido el término de la prescripción de aquélla– no obstante la falta de reserva del ente fiscal, sin disponer que esa suma genere, a su vez, nuevos intereses.

Por lo demás, resulta inaceptable el argumento del apelante en torno de la expresión “demás pagos a cuenta”, ya que es indudable que ésta alude a eventuales conceptos análogos a los precedentemente mencionados por la norma; es decir, “retenciones”, “percepciones” y “anticipos”, que ninguna relación guardan con una obligación por intereses. Del mismo modo, el argumento relativo a que el art. 37 no tiene carácter taxativo sino meramente enunciativo resulta inconducente en tanto sólo traduce la pretensión de que se prescinda del texto legal para admitir la procedencia de intereses en supuestos que no han sido previstos en la norma.

9°) Que al ser ello así, corresponde concluir que el párrafo que la ley 25.239 incorporó a ese artículo de la ley 11.683 –estableciendo que en caso de cancelarse la deuda principal sin cancelarse al mismo tiempo los intereses devengados por dicha deuda, éstos, transformados en capital, devengarán desde ese mismo momento los intereses previstos en esa norma– importó una modificación del anterior régimen legal que sólo podría ser aplicable hacia el futuro y no a un caso como el *sub examine*. No obsta a ello el carácter “aclaratorio” que el punto 2 del art. 18 de la ley 25.239 asigna a tal agregado puesto que –como adecuadamente lo señala el señor Procurador General en su dictamen– es atribución del Poder Judicial determinar el carácter de la norma, cualquiera que sea la denominación dada por el legislador, con el fin de establecer si so pretexto de aclarar, se afectan derechos legítimamente adquiridos al amparo de la ley anterior (Fallos: 311:2073 y sus citas). En tal sentido ha expresado el Tribunal que el carácter de aclaratorio que el legislador atribuye a la norma no es suficiente para que el órgano judicial lo reconozca, pues el debido resguardo de la independencia del Poder Judicial y el ejercicio consecuente del control de constitucionalidad de los actos públicos, impiden acatar un mandato que no es más que una reforma legislativa destinada a invadir la esfera propia de los magistrados (Fallos: 234:717 y 307:305).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **la AFIP,** representada por el Dr. **Agustín E Coien**, con el patrocinio del Dr. **Enrique C. Carballo.**
Traslado contestado por **Valot, Eduardo Alfredo,** representado por el Dr. **Leonardo F. Wagner.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7.**

LEONARDO ABRAMOVICH Y OTRO v. NORBERTO BARABINI Y OTROS

RECUSACION.

La recusación manifiestamente inadmisible de los jueces de la Corte debe ser rechazada de plano pues, si aunque fuese clara su falta de causa, el Tribunal debiera ser reemplazado mediante conjueces desinsaculados al efecto, se vendría a establecer un procedimiento de revisión que echaría por tierra la supremacía de la Corte y el carácter final de sus decisiones.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando;

Que la recusación manifiestamente inadmisible de los jueces de la Corte debe ser rechazada de plano pues, si aunque fuese clara su falta de causa, el Tribunal debiera ser reemplazado mediante conjueces desinsaculados al efecto, se vendría a establecer un procedimiento de revisión que echaría por tierra la supremacía de la Corte y el carácter final de sus decisiones (Fallos: 313:428; 314:394; 316:270).

Por ello, se rechaza *in limine* la recusación deducida respecto de los señores ministros doctores Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Socorro Médico Privado S.A.,** representada por el Dr. **Osvaldo Kozlovsky**, con el patrocinio del Dr. **Andrés José D'Alessio.**
Tribunal de origen: **Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 25.**
Recusación con causa deducida por **Leonardo Abramovich por sí y en representación de su hijo menor Diego Nicolás Abramovich,** con el patrocinio de los Dres. **Jorge Mosset Iturraspe, Horacio Rodolfo Belossi y Myriam Goldstein.**

CEBECA v. PODER EJECUTIVO NACIONAL

RECURSO DE REPOSICION.

Corresponde hacer excepción al principio que establece que las sentencias de la Corte Suprema son irrecurribles y dejar sin efecto el pronunciamiento que desestimó la queja por haber sido presentada fuera de término, si el recurrente acreditó la temporaneidad del recurso interpuesto.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que el Tribunal –sobre la base de lo manifestado por el propio recurrente en su presentación directa– resolvió desestimar la queja por haber sido presentada fuera del término establecido por los arts. 282 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 8).

2°) Que el apelante solicita que se deje sin efecto dicho pronunciamiento. Aduce en respaldo de su pedido que tal notificación le fue efectuada el 13 de julio de 2004, circunstancia que acredita acompañando copia de la respectiva cédula de notificación (confr. fs. 10). Cabe concluir entonces que la queja fue deducida en término.

3°) Que, en esas condiciones, el *sub examine* reitera un supuesto análogo al resuelto en Fallos: 295:753 y 312:2421, motivo por el cual corresponde hacer excepción al principio establecido por esta Corte referente a que sus sentencias son irrecurribles (Fallos: 262:34; 266:275; 277:276) y admitir el recurso de reposición deducido.

Por ello, se deja sin efecto la resolución de fs. 8. Notifíquese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

JOSE ANTONIO GODOY

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Corresponde declarar abstracta la cuestión planteada si el condenado ya no se encuentra privado de su libertad como consecuencia de la denegación del beneficio previsto en el art. 13 del Código Penal, ya que se le concedió la libertad asistida.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El 11 de octubre de 2002, la sala penal de la Cámara de Apelaciones de Zapala, Provincia del Neuquén, denegó el pedido de libertad condicional de José Antonio Godoy, por tratarse de un reincidente (fs. 2/3).

El Defensor de Cámara interpuso entonces recurso de casación, al considerar que no había existido efectivo cumplimiento de la pena y, por lo tanto, que el condenado no quedaba comprendido en las previsiones del artículo 50 del Código Penal.

El Tribunal Superior de la provincia –con el voto en disidencia de uno de sus integrantes– declaró inadmisible la impugnación (fs. 6/11).

Contra ese pronunciamiento introdujo el remedio extraordinario federal (fs. 12/28), cuya denegatoria plasmada a fs. 29/32, motivó esta presentación directa ante V.E. (fs. 34/39).

Es doctrina de la Corte que para el ejercicio de su jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, debiéndose atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión del caso concreto (Fallos: 298:33; 304:1469; 312:555; 312:995; 318: 2438; 323:3083 y 3158 entre otros).

En tal sentido, resulta de la sentencia agregada a fs. 234/236 del expediente principal, que José Antonio Godoy fue condenado a cumplir la pena única de cuatro años y seis meses de prisión, oportunidad en la que también se lo declaró reincidente. Surge a su vez de los autos, que esa situación motivó que el tribunal de juicio denegara su libertad condicional (vid. fs. 2/3).

Por otra parte, se desprende del cómputo definitivo practicado, que la sanción que se le impusiera al nombrado feneció el 3 de enero de 2004 (vid. fs. 244).

Frente a dicha circunstancia, carece de interés la consideración de los agravios manifestados por la defensa, y resulta inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso.

Por lo tanto, de acuerdo con el criterio sostenido por V.E., en el Recurso de Hecho V.292. XX “Varela, Luis Rodolfo s/ incidente de libertad condicional”, resuelto el 2 de diciembre de 1986, opino que corresponde declarar abstracta la cuestión y, en consecuencia, desestimar la presente queja. Buenos Aires, 10 de febrero de 2005. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de José Antonio Godoy en la causa Godoy, José Antonio s/ libertad condicional –causa N° 2767–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén que, al declarar inadmisible el recurso de casación deducido por la defensa de José Antonio Godoy, confirmó la denegación de su libertad condicional que había sido resuelta por la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Zapala, se interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina esta queja.

2°) Que de acuerdo a conocida doctrina de esta Corte, según la cual sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta –aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal– (Fallos: 285:353; 310:819; 313:584; 325:2177, entre otros), corresponde declarar abstracta la cuestión planteada en el presente caso.

3°) Que el condenado José Antonio Godoy ya no se encuentra privado de su libertad como consecuencia de la denegación del beneficio previsto en el art. 13 del Código Penal, toda vez que con fecha 8 de julio de 2003 la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, resolvió concederle la libertad asistida, la que se hizo efectiva en aquel mismo día (ver certificación de fs. 46 y auto de fs. 172/173 de la incidencia caratulada: "Godoy, José Antonio s/ ejecución de pena – libertad asistida", promovida en el expte. 2767).

Por lo demás, del cómputo de pena definitivo practicado a fs. 244 del expte. 2767 surge que la sanción impuesta a Godoy se cumplía el 3 de enero de 2004, fundándose su actual detención en resoluciones dispuestas en otras causas penales –tal como se desprende de fs. 46–; con lo cual, los agravios invocados con base en la garantía del *ne bis in*

idem y en los principios de inocencia y de culpabilidad, han perdido virtualidad.

De tal modo, el recurso no cumple con la exigencia relativa al carácter actual del gravamen invocado, pues el recurrente ha dejado de sufrir el perjuicio que ocasionó el pronunciamiento apelado.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal se declara abstracta la cuestión. Hágase saber, devuélvanse los autos principales, y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **José Antonio Godoy** representado por **Gustavo L. Vitale defensor ante la Cámara en lo Criminal N° 2 de Neuquén.**
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en todos los fueros de la ciudad de Zapala –Sala Penal–.**

HORACIO LUIS LLERENA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Si bien la sentencia impugnada no es definitiva –porque no pone fin al juicio, ni se pronuncia de modo final sobre el hecho imputado– resulta equiparable a tal en tanto produce un perjuicio de tardía e insuficiente reparación ulterior, ya que se cuestiona la imparcialidad objetiva del juzgador en un momento determinado del proceso, que por su naturaleza exige una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

De tener que pronunciarse la Corte sobre la supuesta parcialidad de la jueza luego de llevado a cabo el juicio y agotados los recursos pertinentes, se produciría una dilación indebida del proceso, en perjuicio del imputado, como así también un dispendio jurisdiccional innecesario, tomando en cuenta que de resolverse favorablemente la pretensión de la defensa, se debería realizar un nuevo juicio.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Casos varios.

Si bien en general los planteos efectuados acerca de las causales objetivas de recusación de los magistrados remiten a cuestiones de hecho y de derecho procesal, ajenos por su naturaleza al recurso extraordinario, se debe hacer excepción a este principio cuando está en juego la inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales incorporados a ésta y el instituto de la recusación, pues no es dudoso que las cuestiones referidas a este instituto se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio.

RECUSACION.

Si bien las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva, ese principio no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de la Constitución Nacional.

Existe cuestión federal suficiente si la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y que se deriva de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de los tratados.

Al hallarse cuestionado el alcance de una garantía del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de la Constitución Nacional.

Los agravios relativos a la imposibilidad de recusar al juez correccional que habrá de llevar adelante el debate oral y público, configura una cuestión federal

típica, ya que se cuestiona el alcance de las garantías consagradas en los arts. 18, 33 y 75, inc. 22, párrafo segundo, de la Constitución Nacional y la decisión ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en aquéllas –art. 14, inc. 3° de la ley 48–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos no establecen en forma expresa que la investigación y el juicio deban llevarse a cabo por órganos distintos; sin embargo, en líneas generales, indican que la persona sometida a un proceso tiene derecho a ser oída por un tribunal imparcial.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Si bien podría argumentarse que la ausencia de prejuicios que implica la imparcialidad del juzgador –por lo menos con respecto a la materia– nunca sería absoluta, por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de éste frente a la cuestión que deba resolver.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo: el primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate, mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Desde el punto de vista objetivo, la imparcialidad es una garantía del justiciable y sólo a favor de éste se puede esgrimir el temor de parcialidad.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

El temor de parcialidad que el imputado pueda padecer se encuentra íntimamente vinculado con la labor que el magistrado realizara en el proceso –entendida como sucesión de actos procesales celebrados– previo al dictado de la sentencia, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Para determinar el temor de parcialidad no se requiere una evaluación de los motivos que impulsaron al juez a dictar los actos procesales, ni sus fundamentos en el caso individual, sino que basta con que se hayan dictado estos actos –pues marcan una tendencia de avance del proceso contra el imputado– para que quede configurado este temor.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La garantía del juez imparcial, en sintonía con los principios de juez natural e independencia judicial, debe ser interpretada como una garantía del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador y le permita expresarse libremente y con justicia frente a cualquier acusación que se formule contra aquél.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso; si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos –y sobre todo del imputado– en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Existe una idea generalizada en torno a que la persona que investigó no puede decidir el caso, toda vez que esta acumulación de funciones no sólo se contrapone al principio republicano de división de poderes –expresado en el principio acusatorio–, sino porque puede generar en el imputado dudas razonables acerca de la posición de neutralidad de quien lo va a juzgar en el caso, luego de haber recopi-

lado e interpretado prueba en su contra para procesarlo primero y elevar la causa a juicio después.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás.

PRINCIPIO ACUSATORIO.

Nuestra Constitución Nacional es un claro ejemplo de consagración del modelo teórico acusatorio, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

El *iudex suspectus*, como una manifestación de la garantía de imparcialidad del juez, está íntimamente relacionado con el principio acusatorio, en la medida que puede generar en el acusado dudas legítimas sobre la parcialidad del magistrado, si en su misma persona convergen las funciones de investigar y probar el hecho que se le imputa y posteriormente juzgar su responsabilidad en el mismo.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La nota de imparcialidad o neutralidad, que caracteriza al concepto de juez, no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas de procedimiento, es preciso no confundir el atributo y su portador: no se trata de reglas de los jueces, comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por el contrario, de reglas de garantía del justiciable.

JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye una pauta valiosa de hermenéutica de los tratados internacionales.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

De los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, no se desprende expresamente que el mismo juez que investiga pue-

da juzgar el caso; habría que verificar en cada caso concreto si la actuación del juez en la etapa preparatoria demostró signos claros que pudieran generar en el imputado dudas razonables acerca de su neutralidad frente al caso.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Un juez que no está ya excluido de pleno derecho puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad, para esto no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Puede afirmarse que los actos procesales llevados a cabo por la jueza cuestionada evidencian objetivamente la sospecha de su parcialidad que puede tener el imputado si aquella recopiló prueba, ordenó el allanamiento de su domicilio, lo interrogó, dictó su acto de procesamiento pese al descargo realizado, y posteriormente decidió la elevación a juicio de la causa, y la propia jueza reconoció el temor fundado de parcialidad que podía sentir el imputado y en virtud de ello hizo lugar a la recusación planteada.

RECUSACION.

El instituto procesal de la recusación resulta conducente para lograr la imparcialidad del juzgador, ya que impide que éste continúe con su actividad en el proceso, ya sea por estar relacionado con las personas que intervienen en el procedimiento, con el objeto o materia de éste, o bien con el resultado del pleito.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

El juez, que no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La garantía de objetividad de la jurisdicción es un principio procesal del estado de derecho que, en la actualidad, se eleva al rango de Ley Fundamental y cuya observancia es juzgada por las convicciones jurídicas dominantes de un modo especialmente severo.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La forma de asegurar al imputado la garantía constitucional de ser juzgado por un juez imparcial, importa evitar que el mismo magistrado correccional que instruyó el proceso sea aquél que luego llevará adelante el juicio y dictará sentencia.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La imparcialidad objetiva que corresponde avalar al encausado, sólo podrá garantizarse en la medida que se haga desaparecer por completo la más mínima sospecha que pudiera albergar aquél, relativa a prejuicios o preconceptos de que estaría imbuido el juez correccional como resultado de la inevitable valoración del hecho y la responsabilidad del imputado inherente a la etapa de investigación.

RECUSACION.

Si bien las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva, esta interpretación no puede llegar a tornar ilusorio el derecho de los procesados si resulta contraria a la garantía constitucional del debido proceso, al continuar en la etapa de juicio quienes conocieron en la etapa investigativa como tribunal superior, lo cual en modo alguno significa poner en duda la rectitud personal de los jueces correccionales.

RECUSACION.

Ante el compromiso asumido por el Estado argentino de garantizar la imparcialidad de los jueces, la violación que a dicha garantía implica la intervención de un mismo juez tanto en la etapa instructoria como en la etapa de juicio no puede ser soslayada, con fundamento exclusivo en el carácter taxativo de las causales de recusación de los jueces.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

El análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere; por la gravedad de tales exámenes debe estimárselos como última ratio del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

Es deber de la Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad, ya que la inconstitucionalidad es

un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Tanto el art. 27, como el 55 del Código Procesal Penal de la Nación, pueden ser aplicados de manera compatible con la garantía de imparcialidad, en tanto se interprete que el art. 27 indica que el juez correccional investiga y juzga en los delitos de su competencia, sin interpretar que se trata de la misma persona, sino del mismo atributo, y en virtud de ello nada obsta para que un juez correccional investigue hasta la clausura de la instrucción y luego otro juez correccional juzgue en el debate oral y dicte sentencia al caso.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Si bien el art. 88 de la ley 24.121, en su segundo párrafo suprimió expresamente el motivo de inhibición que se admite del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación, no existe óbice alguno para que como regla procedimental en consonancia con la garantía, se interprete el temor de parcialidad como un motivo no escrito de recusación del juez y a favor del imputado, manteniendo la competencia de la causa dentro del mismo fuero correccional, con el sólo cambio del juez que llevará adelante el debate –quien por regla y para hacer la normativa compatible a nivel constitucional– tiene que ser otro de aquel que llevó a cabo la instrucción.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Puede tomarse como pauta orientadora que el mismo juez –entendido como la misma persona– que llevó adelante la instrucción y elevó a juicio la causa, se encuentra impedido para realizar el juicio y dictar sentencia con respecto a ese mismo caso, y por ende debe elevar al superior jerárquico la causa para que por algún medio –como por ejemplo el sorteo– se remita la causa a otro juez correccional para su juzgamiento, y en caso de que no lo haga, habrá motivo de recusación para el imputado por temor de parcialidad.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Lo expuesto al definir el alcance actual de la garantía de imparcialidad es de práctica hacia adelante y no implica en manera alguna la revisión de actos precluidos y sentenciados, en los cuales el temor de parcialidad quedó desplazado por la actuación que tuviera en concreto el juzgador, casos en los cuales si la

defensa consideró que había existido parcialidad del juez, debió oportunamente haberlo planteado con los recursos o remedios procesales con los que contaba para impugnar la sentencia en cada caso.

RECUSACION.

La necesidad de interpretación estricta de las causales de recusación no puede ser entendida como un cercenamiento del derecho a un tribunal imparcial, pues ello sería poner a la ley por encima de la Constitución (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECUSACION.

La rigidez de la interpretación de las causales de recusación se funda en la necesidad de que tales incidencias no sean utilizadas como instrumentos espurios para apartar a los jueces naturales del conocimiento de la causa que legalmente les ha sido atribuido, pero en modo alguno ello puede servir para eximir a los jueces del deber de examinar con seriedad los cuestionamientos de las partes respecto de la imparcialidad de los tribunales ante los cuales han de ser oídas (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECUSACION.

El instituto de la recusación tiene como basamento garantizar el adecuado ejercicio de la función judicial y asegurar a los habitantes del país una justicia imparcial e independiente y ello se traduce en la necesaria separación de la causa de aquel magistrado que no se encuentre en condiciones objetivas de satisfacer tal garantía (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECUSACION.

Las causales de recusación no pueden ser interpretadas en una forma rígida y ritual que desnaturalice su ámbito de aplicación y las convierta en meras fórmulas vacías e incapaces de subsanar lesiones evidentes al debido proceso (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Aun cuando la resolución que sostuvo que las causales de recusación deben ser interpretadas en sentido restrictivo no es de aquellas que ponen fin al pleito ni se pronuncia de modo final sobre el hecho imputado, el cariz que ha ido adquiriendo

la jurisprudencia internacional en materia de imparcialidad del tribunal, en particular, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aconseja revisar dicho criterio y, si correspondiere, proceder a tutelar el derecho comprometido en forma inmediata, a fin de evitar que se consolide un perjuicio que ya no podría ser reparado en forma oportuna y satisfactoria (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

JUICIO CRIMINAL.

Los poderes que necesariamente deben serle acordados al juez de instrucción con relación a las personas y los bienes a fin de que pueda cumplir su obra entrañan riesgos inevitables, su objetivo debe ser el triunfo de la verdad y la justicia, pero un paso más o menos convierte un acto en injusto y a veces el exceso de celo lo enceguece, lo alucina y no puede distinguir las dos opuestas zonas de la justicia y la injusticia (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Para garantizar la imparcialidad del juez, es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional; en particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como por el contrario, ocurre en el procedimiento inquisitivo y aunque sea de manera ambigua, también en el mixto (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Si bien la ley procesal no menciona al “juez de instrucción” y se limita a ordenar el apartamiento de quien hubiera intervenido como fiscal en la misma causa, el fundamento de la norma es idéntico al de la causal de excusación por la intervención previa del “juez” eliminada por el art. 88 de la ley 24.121, de tal modo que dicha supresión no puede ser interpretada con un alcance tal como para desechar de plano recusaciones en las que se cuestiona la pérdida de la imparcialidad derivada de la actividad incriminadora previa (art. 55, inc. 1°, Código Procesal Penal de la Nación) (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

No se advierte por qué sería esperable una mayor “objetividad” al momento de juzgar respecto de quien actuó como juez de instrucción o de quien actuó como fiscal (art. 55, inc. 1°, 1a. alt., Código Procesal Penal de la Nación), en tanto dentro del marco normativo, ambos están sujetos por igual al principio de legalidad y persiguen la averiguación de la verdad y la realización de la pretensión penal pública (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Un sistema en que la sentencia es dictada con la intervención del mismo juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar y la decisión acerca del mérito de dicha investigación, en principio, no satisface el estándar mínimo de imparcialidad del tribunal, exigido por los respectivos tratados internacionales (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Cuando se argumenta en favor de la legitimidad de la acumulación de funciones sobre la base de la posibilidad de que, de todos modos, el juez actúe imparcialmente, se parte de la base de que los jueces son sujetos de una probidad indudable, que estarán dispuestos a abstraerse de todos los esfuerzos que hicieron para acreditar suficientemente la posible responsabilidad del imputado en la comisión del hecho, y que, frente al nuevo examen de las pruebas del debate, llegado el caso, admitirán sin dudar que el imputado es inocente y que todos los sufrimientos que le produjo el sometimiento a proceso nunca debieron haber acaecido; es posible que haya muchos jueces que reúnan semejantes virtudes, pero la pregunta es si es razonable establecer un sistema en el que se exija permanentemente de los jueces tal probidad, y particularmente, de los justiciables, tanta confianza en la disposición de los jueces a resolver el dilema de reconocer sus posibles errores y asumir las consecuencias profesionales y personales que ello pudiera acarrear, siempre en favor del derecho (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Un tribunal que se puede ver obligado a admitir que se equivocó, al menos hipotéticamente, no puede aparecer ante la opinión pública y las partes como un tribunal insospechado, pues deja de ser un tercero ajeno al conflicto y pasa a tener un “interés” en el resultado del juicio: el de ocultar los posibles defectos o errores de la instrucción que él mismo realizó (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La acumulación de funciones investigativas y de enjuiciamiento no solamente es cuestionable desde la perspectiva del principio acusatorio, sino que, además, ella supone un procedimiento en el que no se puede descartar ex ante la posibilidad de que el juzgador se vea compelido, como resultado del debate y de las alegaciones de las partes, a tener que admitir que, al menos en algún aspecto, cometió un error en una etapa previa del procedimiento, o al menos, que no se desempeñó eficientemente durante la investigación, que es lo que en definitiva ocurre en la mayoría de los casos en los que el debate culmina con la absolución del imputado (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

No satisfacen el estándar mínimo establecido internacionalmente en materia de imparcialidad del tribunal las reglas procesales que autorizan un procedimiento en el que el juez que tuvo a su cargo llevar adelante la investigación preparatoria y que resolvió que los elementos reunidos durante dicha investigación confirmaban los cargos formulados inicialmente al imputado con la suficiente certeza como para abrir el debate (auto de elevación a juicio) sea quien decida, en definitiva, la condena (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Es función del legislador diseñar el proceso penal de tal manera que estén aseguradas del mejor modo posible las garantías individuales, y que la más mínima duda de menoscabo a las garantías sea disipada con la solución más favorable a la protección del derecho respectivo, y el Estado argentino, al asumir la obligación de garantizar a toda persona el derecho a ser oída por un tribunal imparcial en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), se ha comprometido a configurar sus tribunales de tal forma que dicha garantía quede suficientemente satisfecha (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

El art. 27 del Código Procesal Penal de la Nación, cuando establece que “el juez en lo correccional investigará y juzgará en una única instancia...” se limita a atribuir a todos los jueces correccionales la facultad de investigar y juzgar, pero en los casos en los que el propio juez se excuse o bien el imputado así lo solicite, para garantizar la imparcialidad, el juez que tuvo a cargo la instrucción deberá apartarse de la función prevista por el art. 405, Código Procesal Penal de la Nación, que pone en cabeza del juez correccional las atribuciones de presidente y tribunal de juicio (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

El fallo impugnado tiene carácter definitivo aun cuando no se pronuncie de modo final sobre el hecho imputado, si de los antecedentes de la causa surge que el ejercicio imparcial de la administración de justicia se encuentra tan severamente cuestionado que el derecho de defensa comprometido exige una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

La instrucción prevista en el actual procedimiento otorga al juez que la desarrolla un amplio poder discrecional por sobre la intervención de las partes, circunstancia que a la hora de juzgar, invariablemente le impedirá abstraerse "a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora" (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Si bien el procesamiento es una decisión jurisdiccional de naturaleza provisoria que admite ser revocada y reformada por el propio magistrado que la dicta, no menos cierto resulta que para su dictado, el magistrado a cargo de la instrucción valora la prueba colectada y reconoce el mérito de la imputación, así también, su pronunciamiento constituye presupuesto y base de la elevación de la causa a juicio, por lo que resulta razonable que el imputado padezca temor de parcialidad por parte del encargado de juzgarlo, justificándose en consecuencia su apartamiento (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUSTICIA CRIMINAL.

El creciente cúmulo de tareas para los jueces correccionales generado a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal –ley 23.984– generó un déficit en el servicio de administración de justicia sobre un alto porcentaje de conflictos sociales previstos en la normativa represiva y que mayormente padece la ciudadanía, no obstante tratarse de aquéllos con penas más leves, situación que se hace necesario criticar para que la autoridad competente implemente una adecuada solución (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Corresponde declarar la invalidez constitucional del art. 88 de la ley 24.121 en cuanto suprimió como motivo de inhibición del juez si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento, conforme disponía la redacción original del art. 55, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación, sin que dicha declaración obste a que los jueces correccionales o el *a quo* puedan proponer una interpretación –función que por su naturaleza les es propia e indelegable– de dichas normas procesales que las hagan compatible con la garantía de imparcialidad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Si bien las decisiones que admiten recusaciones no constituyen la sentencia definitiva a la cual alude el art. 14 de la ley 48, la cuestión planteada excede los límites de la recusación si en rigor no se trata de la exclusión de cierto magistrado de la actuación en una causa determinada sino que se pone en tela de juicio la parcial constitucionalidad de un sistema de juzgamiento, lo que reviste trascendencia institucional por exceder del interés de las partes en pugna (Disidencia parcial de los Dres. Augusto César Belluscio y Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Corresponde que la Corte se pronuncie en la única oportunidad procesal adecuada para hacerlo pues frente a una eventual decisión final condenatoria la apreciación de la validez de la actuación de un mismo juez en la instrucción y en la sentencia sería imposible o tardía (Disidencia parcial de los Dres. Augusto César Belluscio y Carmen M. Argibay).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Garantía de imparcialidad.

Parece obvio que aun cuando el auto de procesamiento no implique un juicio definitivo acerca de la culpabilidad del imputado, la circunstancia de que su base se halle en la existencia de “elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste” (art. 306 del Código Procesal Penal) implica que en cierto grado el juez que lo dicta considera que existe responsabilidad penal del procesado y, si bien esa convicción puede quedar luego desvirtuada por la prueba producida en el proceso, su imparcialidad para la decisión final resulta, por lo menos, dudosa (Disidencia parcial de los Dres. Augusto César Belluscio y Carmen M. Argibay).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La supresión por la ley 24.121 de la causal de recusación basada en que el juez interviniente dictó el auto de procesamiento se encuentra en pugna con el art. 8, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, con el texto constitucional al cual dicha convención ha quedado incorporada, conclusión que es mucho más valedera si la propia juez recusada admitió el planteamiento aceptando su sustitución por otro magistrado (Disidencia parcial de los Dres. Augusto César Belluscio y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Según mi parecer concurren en la presente causa circunstancias sustancialmente análogas a las del expediente B.641.XXXVII, en el que emito opinión en la fecha, a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad.

Por todo lo expuesto, opino que el remedio federal intentado resuelta procedente y, en consecuencia, corresponde hacer lugar a la presente queja. Buenos Aires, 5 de agosto de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Horacio Luis Llerena en la causa Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal –causa N° 3221–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, que declaró la competencia del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 de esta ciudad para seguir interviniendo en la causa seguida contra Horacio Luis Llerena, en orden a la presunta comisión de los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego y abuso de armas, ambos en concurso real (arts. 149 ter, 104 y 55 del C.P.), la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

2°) Que surge de las constancias de la causa que la defensa luego de notificarse de la clausura de la instrucción del sumario y la elevación a juicio, más precisamente al citarse a las partes al debate y a ofrecer prueba, planteó la recusación de la jueza a cargo del Juzgado

Correccional N° 3 de esta ciudad, fundada en la sospecha y el temor de parcialidad que siente su pupilo, en virtud de que la recusada ya había dictado resoluciones en su contra para avanzar en el proceso, con sustento en las pruebas recolectadas en la etapa de investigación instructoria; y en consecuencia no se encontraba en posición de neutralidad frente al caso, como para realizar el debate. Por ello, solicitó el apartamiento de la doctora María Susana Nocetti de Angeleri, amparándose en la garantía que posee el imputado de ser juzgado por un tribunal imparcial, consagrada en los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22.

La jueza a cargo de la causa hizo lugar al planteo de la defensa y remitió las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad para que sorteara el juez que continuaría el proceso, habiendo resultado ser éste el titular del Juzgado Correccional N° 1 de esta ciudad.

El magistrado desinsaculado no aceptó la competencia atribuida y remitió la causa a la Cámara Nacional de Casación Penal por considerar que la resolución que hizo lugar a la recusación carecía de fundamentos, puesto que no encuadraba en ninguno de los supuestos previstos en el art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación.

A su turno, el tribunal *a quo* resolvió la cuestión y devolvió las actuaciones al Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, al sostener que las causales de recusación deben interpretarse en sentido restrictivo, y que sólo resulta procedente el instituto cuando se verifica alguno de los motivos previstos taxativamente en el art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación, supuesto que según su criterio no se daba en las presentes. Por otra parte sostuvo la constitucionalidad del segundo párrafo del art. 88 de la ley 24.121, remitiéndose a precedentes dictados por esa sala.

Contra esta resolución la defensa interpuso recurso extraordinario, que el tribunal inferior en grado denegó por considerar que no se trataba de una sentencia definitiva, decisión ésta que originó la presentación de la queja que nos ocupa.

3°) Que la recurrente fundó su planteo en el temor o sospecha de parcialidad de la juez interviniente ya que ejerció funciones instructorias que pudieron haber afectado objetivamente su ajenidad con

el caso. En este sentido toma en cuenta el principio acusatorio de división de funciones, a partir del cual deriva que quien investiga no puede juzgar, y con base en esta fórmula argumenta la recusación. Asimismo, solicitó subsidiariamente que se declare la inconstitucionalidad del 2do. párrafo del art. 88 de la ley 24.121 –que suprimió el apartado uno del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), que preveía expresamente la causal invocada de recusación–, pues según su criterio resulta opuesto a la garantía de imparcialidad del juez consagrada en los instrumentos internacionales mencionados.

4°) Que la sentencia impugnada si bien no es definitiva –puesto que no pone fin al juicio, ni se pronuncia de modo final sobre el hecho imputado– resulta equiparable a tal en tanto produce un perjuicio de tardía e insuficiente reparación ulterior, ya que se cuestiona la imparcialidad objetiva del juzgador en un momento determinado del proceso, que por su naturaleza exige una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela (Fallos: 316:826 y sus citas; 322:1941, disidencia de los jueces Boggiano y Fayt, y 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez). Ello es así, puesto que el planteo supone que el proceso no progrese ante la misma jueza sospechada de parcialidad. De lo contrario –es decir, de tener que pronunciarse esta Corte luego de llevado a cabo el juicio y agotados los recursos pertinentes– se produciría una dilación indebida del proceso, en perjuicio del imputado, como así también un dispendio jurisdiccional innecesario, tomando en cuenta que de resolverse favorablemente la pretensión de la defensa, se debería realizar un nuevo juicio.

Por estos motivos la oportunidad para decidir la cuestión resulta ser ésta en que se la invoca, toda vez que si no la posterior revisión de lo decidido dejaría de ser eficaz (Fallos: 313:584, disidencia del juez Fayt).

5°) Que no obsta a lo precedentemente expuesto, la circunstancia de que el apelante haya manifestado que la idea subyacente en la recusación no era que el juez fuera efectivamente parcial, sino que podía sospecharse que fuera a serlo, por acumular las funciones de instrucción y decisión. Ello es así, por cuanto el examen integral de los planteos pone en evidencia que éstos tienden a demostrar la existencia de la grave restricción al debido proceso, mencionada en el considerando precedente. En consecuencia, no cabe predicar que el agravio invocado sea meramente conjetural, sino que, por el contrario, re-

viste un carácter concreto y actual, en tanto no se ha llevado a cabo el debate oral, y la acción penal aún no se ha extinguido (Fallos: 271:319; 307:2377; 309:5; entre otros).

6°) Que si bien el Tribunal ha considerado que en general los planteos efectuados acerca de las causales objetivas de recusación de los magistrados remiten a cuestiones de hecho y de derecho procesal, ajenos por su naturaleza al recurso extraordinario (Fallos: 308:1347 y 310:937); no menos cierto es que se debe hacer excepción a este principio cuando en estas cuestiones está en juego la inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales incorporados a ésta y el instituto de la recusación –cuya vinculación ha reconocido esta Corte–; pues no es dudoso que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio (Fallos: 198:78; 257:132 y 313:584, disidencia del juez Fayt).

Por ello, si bien es cierto que las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva (Fallos: 310: 2845 y sus citas), ese principio no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso (Fallos: 321:3504, disidencia del juez Fayt).

7°) Que existe cuestión federal suficiente puesto que la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y se deriva de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– (confr. Fallos: 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez).

En virtud de ello, y al hallarse cuestionado el alcance de una garantía del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta per-

tinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional.

Por lo demás, este Tribunal sostuvo que los agravios relativos a la imposibilidad de recusar al juez correccional que habrá de llevar adelante el debate oral y público, configura una cuestión federal típica, toda vez que se cuestiona el alcance de las garantías consagradas en los arts. 18, 33 y 75, inc. 22, párrafo segundo, de la Constitución Nacional y la decisión ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en aquéllas –art. 14, inc. 3° de la ley 48– (Fallos: 314:1717; 318:817; y 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez, entre otros).

8°) Que los tratados internacionales en los que el recurrente funda su postura no establecen en forma expresa que la investigación y el juicio deban llevarse a cabo por órganos distintos (Fallos: 322:1941, disidencia de los jueces Boggiano y Fayt). Sin embargo, en líneas generales, indican que la persona sometida a un proceso tiene derecho a ser oída por un tribunal imparcial, razón por la cual resulta necesario determinar el alcance de dicha garantía.

9°) Que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado.

10) Que en este contexto, la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia. Así por ejemplo lo expresa Ferrajoli: “es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos... Esta imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional” (Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, Trotta, Madrid, 1995, pág. 581).

Si bien podría argumentarse que esta ausencia de prejuicios –por lo menos con respecto a la materia– nunca sería absoluta, por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de éste frente a la cuestión que deba resolver.

En virtud de ello, puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

En este sentido también se ha expedido la Procuración General de la Nación, en tanto consideró que "la facultad de apartar a los jueces sospechados de parcialidad, no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces... el temor de imparcialidad es un vicio objetivo del procedimiento y no una mala cualidad subjetiva o personal del juez" (dictamen *in re* "Zenzerovich", Fallos: 322:1941).

Desde este punto de vista objetivo, es una garantía del justiciable y sólo a favor de éste se puede esgrimir este temor de parcialidad. En ella se sostiene el planteo de la defensa en este caso.

12) Que el temor de parcialidad que el imputado pueda padecer, se encuentra íntimamente vinculado con la labor que el magistrado realizara en el proceso –entendida como sucesión de actos procesales celebrados– previo al dictado de la sentencia, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez. En este sentido podría decirse que para determinar el temor de parcialidad no se requiere una evaluación de los motivos que impulsaron al juez a dictar dichos actos procesales, ni sus fundamentos en el caso individual. Basta con que se hayan dictado estos actos –pues marcan una tendencia de avance del proceso contra el imputado– para que quede configurado este temor.

De aquí, que la forma de garantizar la objetividad del juzgador y evitar este temor de parcialidad está estrechamente relacionada con las pautas de organización judicial, en tanto éstas regulan la labor de los distintos sujetos del órgano jurisdiccional, en un mismo proceso.

En este sentido, "la garantía del juez imparcial, en sintonía con los principios de juez natural e independencia judicial, debe ser interpretada como una garantía del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador y le permita expresarse libremente y con justi-

cia frente a cualquier acusación que se formule contra aquél" (Fallos: 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez).

13) Que la opinión dominante en esta materia establece que la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos –y sobre todo del imputado– en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático.

Con claridad meridiana lo explica Roxin cuando asevera que "En el conjunto de estos preceptos está la idea de que un juez, cuya objetividad en un proceso determinado está puesta en duda, no debe resolver en ese proceso, tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia" (Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, trad. Córdoba, Gabriela y Pastor, Daniel, Editores del Puerto, Bs. As., 2000, pág. 41).

Existe una idea generalizada en torno a que la persona que investigó no puede decidir el caso, toda vez que esta acumulación de funciones no sólo se contrapone al principio republicano de división de poderes –expresado en el principio acusatorio–, sino porque puede generar en el imputado dudas razonables acerca de la posición de neutralidad de quien lo va a juzgar en el caso, luego de haber recopilado e interpretado prueba en su contra para procesarlo primero, y elevar la causa a juicio después.

Esto se explica lógicamente porque en la tarea de investigación preliminar, el instructor va formándose tanto una hipótesis fáctica como una presunción de culpabilidad, en una etapa anterior al debate oral. Por lo tanto, por más que no resulte parcial esta hipótesis, lo cierto es que podría sospecharse que ya tiene un prejuicio sobre el tema a decidir, puesto que impulsó el proceso para llegar al juicio, descartando hasta ese momento, las hipótesis desincriminantes. Con mayor claridad se evidencia esta idea en las resoluciones de mérito que acreditan *prima facie* la existencia de un hecho, su subsunción típica –por más provisoria que sea– y la posible participación culpable del imputado en el suceso.

14) Que la "...separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás" (Ferrajoli, L., op. cit., pág. 567). Nuestra Constitución Nacional, es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar, de las de juzgar; evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del principio republicano de gobierno, que rige la organización del poder del Estado.

15) Que desde los albores de nuestra organización judicial ya se vislumbraba como horizonte a alcanzar, el afianzamiento de esta separación de funciones. Así fue que el propio Manuel Obarrio en la exposición de motivos del viejo Código de Procedimientos Criminal Nacional de 1889, destacó que "la conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria, está arriba de toda discusión. El juez que dirige la marcha del sumario, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito y sus cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que pueden impedirle discernir con recto criterio la justicia... este peligro no existe cuando la instrucción está a cargo de un juez que cesa en sus funciones luego de terminada, para pasar la causa a otro que se encargue de su fallo".

En igual sentido opinó, entre otros, Clariá Olmedo, al expresar: "Esto hace que, en principio, instruir y sentenciar sean incompatibles, de donde surge la conveniencia o, mejor aún, la necesidad de evitar que esas dos actividades correspondan a una misma persona dentro de un único proceso. Estas conclusiones traen como consecuencia la necesidad de que el magistrado interviniente en la primera etapa del proceso sea apartado del conocimiento de la segunda" (Clariá Olmedo, Jorge, Tratado de derecho procesal penal, T. II, Ediar, Bs. As., 1960, pág. 76).

16) Que el *iudex suspectus*, como una manifestación de la garantía de imparcialidad del juez, está íntimamente relacionado con el principio acusatorio, en la medida que puede generar en el acusado dudas legítimas sobre la parcialidad del magistrado, si en su misma persona convergen las funciones de investigar y probar el hecho que se le imputa, y posteriormente juzgar su responsabilidad en el mismo.

Sobre este punto particular y al analizar un caso donde se encontraba en juego la aplicación de una norma local, se dijo que "la actual norma provincial... tiende a evitar la posible parcialidad de carácter objetivo en que pueda incurrir el magistrado en su relación con el objeto del proceso al verse influenciado, no de manera voluntaria, a favor o en contra del imputado, como consecuencia de opiniones vertidas y del conocimiento directo que tuvo de todo lo actuado en el período de investigación; lo que significaría para esa ley vigente vulnerar la garantía del juez imparcial por alteración de la competencia funcional al no haber sido apartados del conocimiento de la causa los magistrados recusados con base –como se dijo– en la propia ley que se ajustaba a la Constitución Nacional. Lo contrario además, se contrapone con los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8° ap. 1°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, ap. 1°) incorporados a la Carta Fundamental desde la reforma de 1994, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2°, Constitución Nacional) (Fallos: 321:3679, voto del juez Vázquez).

17) Que el avance del programa progresivo de realización de los derechos humanos extiende el alcance de la garantía de imparcialidad en este sentido, toda vez que "la nota de imparcialidad (del juez), aplicada a la definición de su tarea, cuando no se los trata como un ideal, sino como un intento de aproximación a él en la vida práctica, no puede representar un absoluto, sino, antes bien, menta una serie de previsiones, siempre contingentes históricamente, por ende, relativas a un tiempo histórico y a un sistema determinado, cuyo contenido se vincula al intento de aproximarse a aquel ideal o de desviarse de él". Ello es así, puesto que "La nota de imparcialidad o neutralidad, que caracteriza al concepto de juez, no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas de procedimiento... es preciso no confundir el atributo y su portador: no se trata aquí de reglas 'de los jueces' (privilegios), comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por el contrario, de reglas de garantía del justiciable" (Maier, Julio B.J., Derecho procesal penal, T. I, (Fundamentos), 2° ed., 3° reimp., Editores del Puerto, Bs. As., 2004, págs. 741/742).

Muestra de ello es el hecho de que, al conformarse a petición de la Organización de Naciones Unidas, un comité de especialistas de dis-

tintos países para establecer las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal –denominadas "Reglas de Mallorca"–, se dispuso en la regla 4, inc. 2° que "Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco podrán hacerlo quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior", consagrando expresamente tanto la división de funciones, como el apartamiento del juez por temor de parcialidad.

18) Que tal como tienen establecido tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como este Tribunal, "a fin de interpretar el alcance de tal garantía –consagrada de igual forma en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6)– resulta útil recurrir a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que constituye una pauta valiosa de hermenéutica de los tratados internacionales de la materia en examen (conf. doctrina de Fallos: 318:2348, disidencia parcial de los jueces Fayt y Petracchi; Fallos: 319:2557)" (Fallos: 322:1941, disidencia de los jueces Boggiano y Fayt).

19) Que el TEDH tuvo oportunidad de expedirse sobre este tema en el caso "De Cubber c/ Bélgica" –fallada el 26 de octubre de 1984– donde se planteaban hechos similares a los planteados en las presentes, y concluyó condenando al estado Belga a que adapte su procedimiento correccional a las pautas de la CEDH, ya que supone que el órgano que llevó a cabo la instrucción debe diferir de aquél encargado de dictar la sentencia en el caso, tal como sucede en el procedimiento criminal que tenía regulado el mismo Estado.

En este sentido, puede extraerse como doctrina de este caso que el TEDH, sostuvo que el hecho de que un juez haya actuado como instructor y luego haya participado como miembro del tribunal de juicio, presentaba signos exteriores que no garantizaban la imparcialidad del juzgador; máxime si en la etapa de investigación preliminar había interrogado varias veces al imputado y había dictado su prisión preventiva, puesto que estos actos procesales pueden comprensiblemente provocar sospecha en el imputado acerca de la parcialidad del magistrado.

20) Que si bien posteriormente en el caso "Hauschildt" resuelto el 24 de mayo de 1989, el TEDH restringió esta doctrina, indicando que

no cualquier actuación del juez en la etapa anterior al juicio da lugar a la sospecha de parcialidad que admita su apartamiento, por lo tanto en cada caso concreto debe analizarse qué tipo de actuación le incumbió al magistrado en la etapa preparatoria del juicio; lo cierto es que si esta actuación exhibió signos objetivos y contundentes de formación de juicio sobre la hipótesis fáctica, la participación del imputado en el mismo, y una presunción de culpabilidad, aunque sea en mínimo grado, la sospecha de parcialidad generada a raíz de la ejecución de estos actos da lugar al apartamiento del magistrado.

Cabe agregar además, y aún tomando la tesis más restrictiva del TEDH, que no es cuestión de juzgar si de los fundamentos de las resoluciones de mérito brindados por el juez de instrucción se desprenden signos manifiestos de parcialidad. Por el contrario, en esta etapa, el temor de parcialidad reside en el mero hecho de que se trate del mismo juez que dictó la resolución que avanza en el proceso incriminatorio, el que vaya a juzgarlo.

Ante esta circunstancia, "...es del todo concebible que él (juez) aparezca, a los ojos del acusado, primeramente, detentando una posición que le permite jugar un papel crucial en el tribunal de juicio y, en segundo lugar, también teniendo una opinión preformada que es posible que pese fuertemente en la balanza en el momento de la decisión... el acusado puede ver con cierta alarma la perspectiva del juez de instrucción activamente envuelto en la actividad de revisión... la imparcialidad del tribunal era idónea para aparecer ante el recurrente como abierta a duda. A pesar de que el tribunal mismo no tenga razón para dudar de la imparcialidad del miembro de la judicatura que condujo la investigación preliminar, reconoce, teniendo en cuenta los variados factores discutidos arriba, que su presencia en el banco provee fundamentos para cierta desconfianza justificada por parte del recurrente" (TEDH, "De Cubber c/ Bélgica", sentencia del 26 de octubre de 1984).

Ello se vislumbra con mayor notoriedad, si tomamos en cuenta que en el caso que se nos presenta, esta convicción del juez instructor, ni siquiera se diluye, o compensa con la presencia de otros magistrados que componen el tribunal, ya que el juez correccional juzga unipersonalmente.

21) Que dentro de esta misma línea de pensamiento el Tribunal Constitucional Español, ante un pedido expreso de los propios magis-

trados que consideraban que el procedimiento abreviado instaurado por la ley, en el cual el juez acumulaba las funciones de instruir y juzgar, declaró la inconstitucionalidad del procedimiento en cuestión, ya que consideró que la garantía de imparcialidad del juzgador, si bien no se encontraba expresamente prevista en la Constitución de ese país, se hallaba implícitamente consagrada pues remite al debido proceso y además resulta un pilar fundamental de la administración de justicia de un estado democrático.

Así señaló que "...debe atenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad pues va de ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados... Ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible" (TCE, sentencia del 12 de julio de 1988, BOE N° 189).

22) Que tal como se adelantara anteriormente, de los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, no se desprende expresamente que el mismo juez que investiga pueda juzgar el caso. Sin embargo, a partir de las consideraciones expuestas, y del alcance otorgado a la garantía habría que verificar en cada caso concreto si la actuación del juez en la etapa preparatoria, demostró signos claros, que pudieran generar en el imputado dudas razonables acerca de su neutralidad frente al caso.

Así, puede afirmarse que "Un juez que no está ya excluido de pleno derecho, puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su imparcialidad... Para esto no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable" (Roxin, Claus, op. cit., págs. 42/43). Si ello sucede, corresponde en salvaguarda de la garantía apartar al juez del caso, para eliminar este temor de parcialidad que siente el imputado, y restablecer su confianza en el juicio, como así también la

confianza en la administración de justicia de la sociedad. En este mismo sentido lo ha expresado Roxin al indicar "Las manifestaciones oficiales de un juez en el procedimiento preliminar sólo justifican su exclusión cuando ha hecho afirmaciones relevantes para la cuestión fáctica y de culpabilidad" (Roxin, Claus, op. cit., pág. 42).

23) Que en el caso concreto que nos ocupa, "corresponde poner de relieve que la instrucción prevista en el actual procedimiento otorga al juez que la desarrolla un amplio poder discrecional por sobre la intervención de las partes. Circunstancia, que a la hora de juzgar, invariablemente le impedirá abstraerse 'a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora' (conf. Edberhardt Schmidt, 'Los fundamentos teóricos y constitucionales del proceso penal', pág. 195, Tratado de José Manuel Núñez, Buenos Aires, 1957)" (Fallos: 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez).

En este sentido, puede afirmarse que los actos procesales llevados a cabo por la jueza cuestionada, evidencian objetivamente la sospecha de su parcialidad que puede tener el imputado, toda vez que aquella recopiló prueba, ordenó el allanamiento de su domicilio, lo interrogó, dictó su acto de procesamiento pese al descargo realizado, y posteriormente decidió la elevación a juicio de la causa. Es más, la propia juez involucrada reconoció el temor fundado de parcialidad que podía sentir el imputado, y en virtud de ello hizo lugar a la recusación planteada.

24) Que el instituto procesal de la recusación resulta conducente para lograr la imparcialidad del juzgador, ya que impide que éste continúe con su actividad en el proceso, ya sea por estar relacionado con las personas que intervienen en el procedimiento, con el objeto o materia de éste, o bien con el resultado del pleito. Por tal razón, y si bien estas causales de recusación deben interpretarse en forma restrictiva, al vincularlas con una garantía del justiciable, merecen un tratamiento adecuado, pues "como garantía de esta indiferencia o desinterés personal respecto a los intereses en conflicto, se hace necesaria la recusabilidad del juez por cada una de las partes interesadas. Y si para la acusación esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado. El juez, que,... no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alber-

guen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial" (Ferrajoli, Luigi, op. cit., págs. 581/582).

25) Que tal como se viene señalando, "la garantía de objetividad de la jurisdicción es un principio procesal del estado de derecho que, en la actualidad, se eleva al rango de Ley Fundamental, y porque 'cuya observancia es juzgada por las convicciones jurídicas dominantes de un modo especialmente severo' (conf. Brusiin, Otto 'Über Objektivität der Rechtssprechung', pág. 51, Helsinski, 1949, versión castellana, 1966)" –Fallos: 316:826–.

En virtud de lo expuesto, "la forma de asegurar al imputado la garantía constitucional de ser juzgado por un juez imparcial, importa evitar que el mismo magistrado correccional que instruyó el proceso sea aquél que luego llevará adelante el juicio y dictará sentencia. Y ello es así, pues la imparcialidad objetiva que corresponde avalar al encausado, sólo podrá garantizarse en la medida que se haga desaparecer por completo la más mínima sospecha que pudiera albergar aquél, relativa a prejuicios o preconceptos de que estaría imbuido el juez correccional como resultado de la inevitable valoración del hecho y la responsabilidad del imputado inherente a la etapa de investigación" (Fallos: 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez).

26) Que desde este punto de vista, la interpretación realizada por el *a quo*, tanto de las causas de recusación como del procedimiento correccional, se contrapone con el alcance otorgado a la garantía de imparcialidad, lo que conduciría a su declaración de inconstitucionalidad, de acuerdo con el alcance que se dio a la garantía frente a la normativa legal; pues resulta claro que si bien las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva (Fallos: 310:2845 y sus citas) esta interpretación no puede llegar a tornar ilusorio el derecho de los procesados si resulta contraria a la garantía constitucional del debido proceso, al continuar en la etapa de juicio quienes conocieron en la etapa investigativa como tribunal revisor (Fallos: 321:3679, voto del juez Vázquez), lo cual en modo alguno significa poner en duda la rectitud personal de los jueces correccionales (Fallos: 326:3842, disidencia de los jueces Maqueda y Vázquez).

Por ello, ante el compromiso asumido por el Estado argentino de garantizar la imparcialidad de los jueces, la violación que a dicha garantía implica la intervención de un mismo juez tanto en la etapa instructoria como en la etapa de juicio no puede ser soslayada, con

fundamento exclusivo en el carácter taxativo de las causales de recusación de los jueces.

27) Que sin embargo, el análisis de la validez constitucional "...de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere", entendiéndose que "...por la gravedad de tales [exámenes] debe estimárselos como *ultima ratio* del orden jurídico,... de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera" (doctrina de Fallos: 260:153 entre otros).

Ello así, en la medida que es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable.

28) Que en consecuencia, debe efectuarse una interpretación de los preceptos legales que concuerde con el derecho constitucional en juego (Fallos: 312:185).

Surge entonces que tanto el art. 27, como el 55 del Código Procesal Penal de la Nación, pueden ser aplicados al caso de manera compatible con la garantía de imparcialidad, en tanto se interprete que el art. 27 indica que el juez correccional investiga y juzga en los delitos de su competencia, sin interpretar que se trata de la misma persona, sino del mismo atributo. En virtud de ello, nada obsta para que un juez correccional investigue hasta la clausura de la instrucción, y luego otro juez correccional juzgue en el debate oral y dicte sentencia al caso.

Esta interpretación no se contrapone con la normativa vigente, ya que si bien el art. 88 de la ley 24.121, en su segundo párrafo suprimió expresamente el motivo de inhibición que aquí se admite del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación, no existe óbice alguno para que como regla procedimental en consonancia con la garantía, se interprete el temor de parcialidad como un motivo no escrito de recusa-

ción del juez y a favor del imputado, manteniendo la competencia de la causa dentro del mismo fuero correccional, con el sólo cambio del juez que llevará adelante el debate –quien por regla y para hacer la normativa compatible a nivel constitucional– tiene que ser otro de aquel que llevó a cabo la instrucción.

Puede entonces tomarse como pauta orientadora que el mismo juez –entendido como la misma persona– que llevó adelante la instrucción y elevó a juicio la causa, se encuentra impedido para realizar el juicio y dictar sentencia con respecto a ese mismo caso, y por ende debe elevar al superior jerárquico la causa para que por algún medio –como por ejemplo el sorteo– se remita la causa a otro juez correccional para su juzgamiento, y en caso de que no lo haga, habrá motivo de recusación para el imputado por temor de parcialidad. De esta manera se respetan tanto la garantía como la normativa procesal vigente.

Por otra parte, también se garantiza la agilidad de los juicios correccionales –tema éste, que fuera tenido en cuenta en la exposición de motivos del Código Procesal Penal de la Nación–, sin producir perjuicio alguno al imputado, ni mayores costos y recursos a la administración de justicia, manteniendo el equilibrio existente en la cantidad de causas que actualmente tramita cada juzgado.

Esta interpretación permite superar cualquier tipo de inconveniente o conflicto de constitucionalidad, integrando y armonizando la normativa legal vigente con los parámetros internacionales de nuestro bloque jurídico de mayor jerarquía, sin restarle validez y efectos, tal como reiteradamente lo ha señalado esta Corte (Fallos: 236:100 –entre otros–).

La Procuración General de la Nación señaló oportunamente su punto de vista sobre el tema en una oportunidad anterior, compartiendo la idea que aquí se sostiene al expresar que “el argumento central en contra de esta tesis que sostenemos nunca se basa en el desconocimiento de la garantía sino que, por el contrario, todos los jueces reconocen su jerarquía. En general, el argumento es de carácter económico y práctico: se alega la falta de recursos, la escasez de medios, se habla de la levedad de los delitos y finalmente, del caos que produciría un cambio en la organización judicial. Sin embargo, la solución a estas cuestiones no tiene por qué ser un problema insuperable si, por ejemplo, el juez a cargo de la instrucción no celebra el debate y es reemplazado en cada caso por otro juez de la misma competencia. No

parece haber obstáculo alguno para que el juez que tramitó la instrucción entregue la celebración del debate a otro juez; al menos en los casos en los que el acusado manifieste su temor de parcialidad" (dictamen del señor Procurador General *in re* "Zenzerovich", Fallos: 322:1941).

Por lo demás, este criterio ya ha sido aplicado en casos análogos por algunas salas tanto de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, como por la Cámara Nacional de Casación Penal, garantizando la imparcialidad del juzgador, sin que se haya afectado ni la rapidez de los juicios ni la administración de justicia.

29) Que lo expuesto hasta aquí al definir el alcance actual de la garantía es de práctica hacia adelante, y no implica en manera alguna la revisión de actos precluidos y sentenciados, en los cuales el temor de parcialidad quedó desplazado por la actuación que tuviera en concreto el juzgador, casos en los cuales si la defensa consideró que había existido parcialidad del juez, debió oportunamente haberlo planteado con los recursos o remedios procesales con los que contaba para impugnar la sentencia en cada caso.

Por ello, oído el señor Procurador General, 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 para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*en disidencia parcial*) — ANTONIO BOGGIANO (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia parcial*).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que la defensora oficial en la causa seguida contra Horacio Luis Llerena por los delitos de lesiones y abuso de armas planteó la

recusación de la jueza correccional interviniente durante la instrucción del sumario, a fin de que dicha magistrada se abstuviera de entender en la sustanciación del juicio, sobre la base del principio según el cual, con el objeto de asegurar la imparcialidad del tribunal, "quien instruye no debe juzgar". Asimismo, sostuvo la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 88 de la ley 24.121 que modificó la redacción del inc. 1° del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), sobre cuya base se autoriza que el mismo juez intervenga en la totalidad de las etapas del procedimiento correccional.

2°) Que la jueza de grado hizo lugar al planteo y ello originó la intervención del Juzgado Correccional N° 1, cuyo titular elevó las actuaciones a la Cámara Nacional de Casación Penal, por considerar que la admisión de la recusación carecía de fundamentos.

3°) Que la cámara mencionada decidió no hacer lugar a la recusación planteada, con fundamento en que dicha excepción "es un instrumento que el legislador ha otorgado a las partes con el objeto de garantizar la imparcialidad que deben tener los magistrados que conozcan en una determinada causa judicial", y que sólo resulta procedente en el caso de que se verifique alguna de las causales expresamente previstas en el ordenamiento procesal, las cuales, a su vez, deben ser interpretadas restrictivamente. Asimismo, con remisión a un precedente de esa sala, sostuvo la constitucionalidad del procedimiento correccional previsto por el Código Procesal Penal de la Nación, de conformidad con el cual, es el juez que tuvo a cargo la instrucción quien debe llevar adelante el debate y, según el caso, condenar o absolver al imputado.

4°) Que dicho fallo fue impugnado por la defensa por la vía del art. 14 de la ley 48. Insistió la recurrente en la inconstitucionalidad de la supresión de la causal de recusación prevista respecto del juez que "en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento" (art. 88, 2° párr., ley 24.121). Según el agravio formulado en el recurso extraordinario, con prescindencia de la conducta efectiva del magistrado particular, la superposición de funciones de investigación y juzgamiento prevista respecto de los jueces correccionales es susceptible de generar sospechas de parcialidad suficientes para justificar su apartamiento del caso, en tanto el juez que ha llevado adelante la instrucción ya se ha formado, al menos mínimamente, una opinión acerca de la culpabilidad del imputado, lo cual funda una sospecha de parcialidad. En apoyo de

esta posición se citó, i.a., la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Piersack” y “De Cubber” y las llamadas “Reglas de Mallorca”.

5°) Que el *a quo*, con fundamento en el criterio de esta Corte en el caso “Zenzerovich”, registrado en Fallos: 322:1941, rechazó el recurso extraordinario por considerar que no se dirigía contra una sentencia definitiva, y ello dio origen a la presente queja.

6°) Que, por regla general, esta Corte ha entendido que las decisiones sobre recusación resultan ajenas al recurso extraordinario, en la medida en que tales resoluciones se sustentan generalmente en cuestiones de derecho procesal y no constituyen sentencias definitivas.

Sin embargo, la estrecha vinculación entre el instituto de la recusación y el derecho a ser oído por un juez imparcial nunca ha sido ajena a la jurisprudencia del Tribunal. Así, se ha dicho que “no es dudoso que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio” (Fallos: 257:132). De acuerdo con esto, cuando existen causas graves que inciden en menoscabo del servicio de la administración de justicia, es admisible garantizar su efectivo amparo en el momento en que se plantea la cuestión constitucional (Fallos: 306:1392 y sus citas; 314:107 y sus citas; 316:826).

7°) Que, en esta misma línea, cuando se ha afirmado que las causales de recusación son de interpretación restrictiva, se lo ha hecho con un sentido distinto al que parece haberle otorgado el *a quo*. En efecto, la necesidad de interpretación estricta de las causales de recusación no puede ser entendida como un cercenamiento del derecho a un tribunal imparcial, pues ello sería poner a la ley por encima de la Constitución. La rigidez de la interpretación se funda, en cambio, en la necesidad de que tales incidencias no sean utilizadas como instrumentos espurios para apartar a los jueces naturales del conocimiento de la causa que legalmente les ha sido atribuido (conf. resolución 41/01, expte. 4705/2000 “Cámara Federal de Apelaciones de Rosario s/ informe”), pero en modo alguno ello puede servir para eximir a los jueces del deber de examinar con seriedad los cuestionamientos de las partes respecto de la imparcialidad de los tribunales ante los cuales han de ser oídas (Fallos: 306:1392).

8°) Que el instituto de la recusación tiene como basamento garantizar el adecuado ejercicio de la función judicial y asegurar a los habitantes del país una justicia imparcial e independiente, y ello se traduce en la necesaria separación de la causa de aquel magistrado que no se encuentre en condiciones objetivas de satisfacer tal garantía. De allí que las causales de recusación no puedan ser interpretadas en una forma rígida y ritual que desnaturalice su ámbito de aplicación (conf. "Seda S.R.L.", publicado en Fallos: 316:2603) y las convierta en meras fórmulas vacías e incapaces de subsanar lesiones evidentes al debido proceso.

9°) Que en casos similares al presente (conf. esp. Fallos: 322:1941), esta Corte ha entendido que el cuestionamiento a la imparcialidad de los jueces correccionales por la acumulación de las funciones investigativas y de juzgamiento carecía de entidad suficiente como para provocar un menoscabo al servicio de justicia tan severo que exigiera su intervención inmediata y autorizara a prescindir de la exigencia de "sentencia definitiva", en los términos del art. 14 de la ley 48. No obstante ello, aun cuando la resolución en recurso no es de aquellas que ponen fin al pleito ni se pronuncia de modo final sobre el hecho imputado, el cariz que ha ido adquiriendo la jurisprudencia internacional en materia de imparcialidad del tribunal, en particular, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aconseja revisar el criterio mencionado, y si correspondiere, proceder a tutelar el derecho comprometido en estos actuados en forma inmediata, a fin de evitar que se consolide un perjuicio que ya no podría ser reparado en forma oportuna y satisfactoria.

10) Que la apelante objeta la constitucionalidad de las facultades del juez correccional para llevar adelante la instrucción, y ser luego él mismo quien dicte sentencia. En esa medida, se encuentra en discusión el alcance de la garantía de imparcialidad del tribunal en relación con el debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), así como también la interpretación que cabe asignar a los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), y por lo tanto, existe cuestión federal suficiente.

11) Que el derecho a ser oído por un *tribunal imparcial* fue reconocido desde siempre por esta Corte, como garantía implícita de la for-

ma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio (Fallos: 125:10; 240:160). Sin embargo, ella nunca fue interpretada con un alcance tal como para que la actuación de los jueces en el ejercicio de las funciones que les son propias, con anterioridad al dictado de su decisión final, autorizara su apartamiento por la vía de la recusación (conf. con relación a la actuación de la propia Corte, esp., Fallos: 306:2070 y sus citas). Asimismo, con respecto a las medidas cautelares en materia civil, se entendió que su dictado no constituye prejuzgamiento, en tanto existen fundamentos de hecho y de derecho que pueden justificar que el tribunal se expida provisionalmente con respecto a la índole de la petición formulada, y que el anticipo de jurisdicción que incumbe a tales medidas, en tanto no importe una decisión definitiva sobre la pretensión concreta, no puede ser interpretada como un prejuzgamiento (Fallos: 320:1633).

12) Que resulta ajeno al *sub lite* examinar si tal línea jurisprudencial continúa satisfaciendo los requerimientos de imparcialidad del tribunal en los términos establecidos por los instrumentos internacionales citados. Sí corresponde indicar, en cambio, que tales principios no resultan trasladables a la actividad propia del juez correccional con el alcance de autorizar que aquel que llevó a cabo la instrucción preliminar pueda ser quien sustancie el juicio propiamente dicho.

13) Que en este sentido cabe recordar las particulares características de la actividad propia de la investigación preparatoria. Con razón se ha dicho a su respecto que “los poderes que necesariamente deben serle acordados al juez de instrucción con relación a las personas y los bienes a fin de que pueda cumplir su obra entrañan riesgos inevitables; su objetivo debe ser el triunfo de la verdad y la justicia, pero un paso más o menos convierte un acto en injusto, y a veces el exceso de celo lo enceguece, lo alucina y no puede distinguir las dos opuestas zonas de la justicia y la injusticia” (Alfredo Vélez Mariconde, con remisión a la opinión de Hélie, *Derecho Procesal Penal*, Lerner Ediciones, 2a. ed., Buenos Aires, 1969, T. I, pág. 386).

14) Que para decirlo en palabras de Ferrajoli: “para garantizar la imparcialidad del juez, es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés *público o institucional*. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto, no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como por el contrario, ocurre en el procedimiento inquisitivo y aunque sea de manera ambigua, tam-

bién en el mixto. Sólo así puede el proceso conservar un carácter "cognoscitivo" o, como dice Beccaria, "informativo" y no degenerar en "proceso ofensivo", donde "el juez se hace enemigo del reo"... Además es necesario que los órganos investigadores sean desplazados a un orden distinto del judicial..." (aut. cit., *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 581 y ss.).

15) Que a pesar de la dureza con que la doctrina se manifiesta en contra de esta acumulación de facultades, la prohibición de que la misma persona asuma durante el proceso las funciones de investigar y juzgar no ha sido expresamente prevista ni en la Constitución Nacional ni en las reglas internacionales mencionadas (conf. arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). No obstante, los riesgos que la superposición de tales funciones puede significar para la imparcialidad del juzgador son conocidos desde antaño. Así, ya en 1882, en la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos en Materia Penal, Manuel Obarrio, en la "Nota explicativa del autor del Proyecto" dirigida al Ministro Eduardo Wilde, expresaba: "La conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria está arriba de toda discusión. El juez que dirige la marcha del sumario, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito y de sus autores y cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que pueden impedirle discernir con recto criterio la justicia, y, por lo tanto, la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados. Este peligro no existe cuando la instrucción está a cargo de un juez que cesa en sus funciones luego de terminada, para pasar la causa a otro que se encargue de su fallo, previas las pruebas y discusiones del plenario".

16) Que, a pesar de lo categórico de tales palabras, el ordenamiento procesal citado preveía un sistema idéntico –en lo que interesa– al que en el caso se impugna, tanto para los jueces correccionales como para los jueces federales. Es decir, que el legislador, en ese momento, al ponderar entre un procedimiento que generara un máximo aseguramiento de la imparcialidad y uno "eficiente", consideró que el riesgo implicado por la superposición de funciones resultaba tolerable por razones de oportunidad, mérito o conveniencia: el reducido número de causas criminales en el caso de los jueces federales, y la brevedad de

los procedimientos correccionales (conf. nota citada). La concepción conforme a la cual, en casos como éstos, los riesgos de parcialidad son "todavía" admisibles, seguramente se vincula con la idea –que subyace a los precedentes del Tribunal arriba citados– de que el mero hecho de que un juez o un tribunal haya tomado una decisión previa en el caso no constituye prejuzgamiento, sino "juzgamiento", y no puede justificar por sí misma el temor de parcialidad. Desde esta perspectiva, se le concede particular significación al carácter preliminar, *prima facie*, de las decisiones acerca de la mera sospecha que recae sobre un imputado, a diferencia de la decisión final, en la que el juez decide sobre la base de la prueba producida y discutida durante el debate, y a la circunstancia de que, en definitiva, dicha decisión preliminar bien puede ser modificada por el juez al momento de dictar la sentencia definitiva, luego del "plenario".

17) Que semejante concepción de "juez imparcial" debe ser reexaminada a la luz de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de establecer si ella satisface las exigencias mínimas establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

18) Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la garantía del art. 8.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha señalado, que "...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso" (conf. Informe N° 5/96, del 1/3/96, caso 10.970, "Mejía vs. Perú").

Del mismo modo, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter fundamental del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, como una garantía fundamental del debido proceso. "Se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática" (conf. CIDH, Serie C, N° 107, caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, § 171). Respecto de este punto, y siguiendo los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana formuló la distinción entre los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad: "Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un

punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrían suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia" (conf. caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", §§ 170 y s.).

19) Que las afirmaciones del tribunal internacional mencionado fueron apoyadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la que se deriva que, a fin de asegurar la defensa en juicio y la imparcialidad del tribunal, como pilares del debido proceso, las funciones de acusador y juzgador han de estar perfectamente delimitadas. En efecto, tal como lo señala la recurrente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en reiteradas oportunidades, y respecto de muy diferentes sistemas procesales, que no pueden atribuirse a un mismo órgano las funciones de formular la pretensión penal y la de juzgar acerca de su procedencia, y que ello impone a los Estados el deber de desdoblar la función de perseguir penalmente.

20) Que el primer fallo relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a este tema fue dictado en la causa "Piersack vs. Bélgica" (1/10/1982, serie A, N° 53). En él se resolvió que el hecho de que un tribunal de juicio estuviera integrado por un miembro que había actuado como director de la Fiscalía de Bruselas que, por su sola condición de tal, habría podido dar instrucciones en contra del imputado, afectaba la garantía de imparcialidad, con independencia de que las hubiera dado efectivamente.

21) Que si bien es cierto que dentro del ordenamiento procesal penal nacional, la previa intervención en el proceso como funcionario del ministerio público configura una causal de excusación prevista expresamente por el art. 55, inc. 1°, Código Procesal Penal de la Nación, de allí no se desprende diferencia alguna que permita poner en duda la relevancia de este precedente para el *sub lite*. La importancia de "Piersack" no sólo se deriva de la mayor estrictez del estándar formulado en dicho caso (que no exige intervención efectiva en la causa) sino, fundamentalmente, de la analogía que existe, desde la perspectiva de la imparcialidad, entre las razones que conducen a la inhibición del fiscal y las que aconsejan que el juez de instrucción sea excluido del debate.

22) Que, en efecto, fue precisamente la percepción de la relación que existe entre la garantía de imparcialidad y la separación de las funciones investigativas y acusadoras en el proceso penal, la que condujo a la implementación de la figura del "fiscal". "Sólo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria". "Sólo teniendo en cuenta esta experiencia se puede comprender que en el movimiento de reforma del siglo XIX se hiciera necesaria *la implantación del ministerio fiscal*, posibilitándose así la transferencia de esa actividad agresiva e investigadora a un órgano diferente de la autoridad judicial y, al mismo tiempo, la limitación de la función del tribunal a una actividad instructora y decisoria frente al material sospechoso acumulado sin su cooperación" (Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 195 y s.).

23) Que aun cuando la actividad de persecución penal durante la investigación preparatoria esté "distribuida" entre el fiscal y el juez de instrucción, ello no significa que el juez esté, respecto del fiscal, en una situación sustancialmente diferente al momento de valorar el mérito de la investigación. Si bien es cierto que el titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público, y en este sentido, quien tiene "interés" en la persecución penal, tanto uno como otro funcionario actúan sólo en "interés de la ley". Desde este punto de vista, así como es imposible descartar *a priori* que el juez que tuvo a su cargo la instrucción vaya a desempeñarse imparcialmente durante el debate, ello tampoco podría ser descartado respecto del fiscal. Sin embargo, la ley veda su intervención como juzgador.

De todos modos, la cuestión a resolver aquí no es si se puede descartar *ex ante* que quien actuó durante la instrucción como fiscal o como juez de la investigación pueda igualmente ser un juez imparcial del debate. En verdad, es evidente que si esto estuviera de antemano descartado ya no habría nada que discutir desde la perspectiva de una recusación. El punto a resolver es otro: si un juez que desarrolló actividad incriminadora previa puede ser *objetivamente* visto por las partes y por la sociedad como un juez insospechado.

24) Que si se examina la cuestión desde esta perspectiva, la regla que cabe extraer de "Piersack" no puede limitarse al "fiscal" como tal,

sino en todo caso, al ejercicio de la función de persecución en sus diversos aspectos, tanto si ella es ejercida por el titular de la persecución penal en sentido estricto, como si ocurre en cumplimiento de facultades jurisdiccionales de control de la investigación preparatoria del juicio. Desde este punto de vista, todo sujeto que hubiera desempeñado una actividad en una etapa previa al juicio por la cual pudiera sospecharse que pudo haber tenido injerencia en la marcha de la investigación, debería apartarse del conocimiento del juicio como consecuencia de ese desempeño anterior.

25) Que, en consecuencia, si bien la ley procesal no menciona al "juez de instrucción" y se limita a ordenar el apartamiento de quien hubiera intervenido como fiscal en la misma causa, el fundamento de la norma es idéntico al de la causal de excusación por la intervención previa del "juez" eliminada por el art. 88 de la ley 24.121, de tal modo que dicha supresión no puede ser interpretada con un alcance tal como para desechar de plano recusaciones como la que aquí se discute y en las que se cuestiona la pérdida de la imparcialidad derivada de la actividad incriminadora previa (arg. art. 55, inc. 1°, Código Procesal Penal de la Nación).

26) Que la extrema intensidad de las injerencias que pueden producirse durante la instrucción sobre ciudadanos amparados por el estado de inocencia es lo que ha llevado al legislador a establecer un particular reparto de las funciones de persecución penal durante dicha etapa, en la que es el fiscal quien tiene a su cargo promover y ejercer la acción penal en la forma establecida por la ley (art. 65, Código Procesal Penal de la Nación). Sin embargo, dentro de ese esquema normativo, también al juez de instrucción le compete investigar los delitos de acción pública. E incluso en los supuestos del art. 196, Código Procesal Penal de la Nación, en los que la investigación queda a cargo del agente fiscal, será en definitiva el juez de instrucción quien valore las pruebas y afirme la probable responsabilidad del imputado en el hecho criminal (art. 306, Código Procesal Penal de la Nación) y, en su caso, quien asuma la responsabilidad por las restricciones a los derechos del imputado que se adopten (allanamientos, secuestros, prisión preventiva, etc.). En este sentido, aun en ese supuesto, en el que se limita a producir el control judicial de los actos del Ministerio Público, es el juez de la investigación preparatoria quien resolverá si las pruebas recolectadas son suficientes para acreditar la responsabilidad del imputado en el hecho y para justificar los costos materiales y

humanos de la realización de un debate oral y público. Desde este punto de vista, no se advierte por qué sería esperable una mayor "objetividad" al momento de juzgar respecto de quien actuó como juez de instrucción o de quien actuó como fiscal (arg. art. 55, inc. 1°, 1a. alt., Código Procesal Penal de la Nación), en tanto dentro del marco normativo, ambos están sujetos por igual al principio de legalidad y persiguen la averiguación de la verdad y la realización de la pretensión penal pública.

27) Que la aplicabilidad de las restricciones a la intervención en el juicio de quien actuó como fiscal, al "juez de instrucción", quedó claramente plasmada en el caso "De Cubber vs. Bélgica", resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 26 de octubre de 1984 (serie A, N° 86), y presenta un estrecho paralelismo con el planteado en estos autos. En efecto, en dicho precedente se consideró violatorio del 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que el tribunal de juicio que condenó a De Cubber hubiera estado integrado por un juez que había llevado adelante la instrucción. Al valorar el procedimiento belga, el TEDH puso el acento en la intensidad de los poderes del juez de instrucción, que puede, entre otras injerencias, dictar la orden de detención del imputado. Si bien es cierto que, además de esto, valoró el carácter inquisitorial y secreto de la investigación preparatoria, no fue ese el argumento decisivo, sino que dicho juez, *por el conocimiento previo del expediente*, bien podía aparecer ante el acusado como detentando una posición preponderante dentro del tribunal colegiado. Dicho tribunal, por lo demás, tenía como función la de revisar la legalidad de las medidas tomadas u ordenadas por el juez de instrucción.

Como se ve, la situación era muy similar a la del *sub lite*. Aun cuando se pudiera sostener que la actividad instructoria en el ordenamiento procesal penal nacional no es absolutamente inquisitorial y secreta, es indudable que durante esa etapa la intervención de la defensa se encuentra fuertemente restringida y que el juez puede *indagar* al imputado a fin de esclarecer la verdad, en los términos de los arts. 294 y ss., Código Procesal Penal de la Nación. Por otro lado, no es posible soslayar la circunstancia de que, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento belga, en el *sub examine* ni siquiera se plantea la posible "compensación" que puede ofrecer la previsión de un tribunal colegiado, en el que el "ex" juez de instrucción es sólo un miembro más.

28) Que la prohibición de que el mismo juez ejerza las funciones de instruir y juzgar fue ratificada en el caso "Hausschildt vs. Dinamarca" (TEDH, 24/5/1989, serie A, N° 154). Si bien en dicho precedente el TEDH afirmó que la sola circunstancia de que un juez hubiera intervenido en etapas previas o dispuesto la prisión preventiva no determinaba por sí una lesión al art. 6.1 CEDH, también afirmó que ello no ocurre respecto de quien desempeñó funciones de "juez de instrucción". En efecto, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento procesal nacional, en el procedimiento danés "la investigación y el proceso son dominio exclusivo de la policía y la fiscalía. Las funciones del juez son aquellas de un juez independiente que no es responsable de la preparación del caso para el juicio o de decidir si el acusado debe ser llevado a juicio" (conf. § 50). Y a pesar de que dicho funcionario aparentemente tendría una cierta independencia de criterio respecto del destino final del ejercicio de la acción penal, de todos modos, el tribunal consideró que había que analizar los actos concretos que se habían realizado, y examinó, en particular, las decisiones adoptadas frente a los pedidos de la policía de prolongar la prisión preventiva de Hausschildt.

Por lo tanto, en lo que atañe al *sub lite*, lo único que se puede inferir de "Hausschildt" es que un sistema procesal puede no resultar violatorio de la CEDH por sí, pero ello no exime del deber de analizar si, a pesar de ello, en su aplicación concreta, no se ha producido una lesión a un derecho garantizado por dicha convención (conf. § 45).

29) Que, en este sentido, en el caso referido se afirmó que "el mero hecho de que un juez del tribunal de juicio o un juez de apelación, en un sistema como el danés [en el que las decisiones son adoptadas en tribunales abiertos, y con más amplias facultades para la defensa que en "De Cubber"] también haya tomado decisiones previas al juicio, incluyendo aquellas relacionadas con la prisión preventiva, no puede ser considerado en sí mismo como justificante de los temores en cuanto a la imparcialidad del juez" (§ 50). Pero a pesar de esta aseveración, el tribunal constató una violación al art. 6.1 pues la resolución de prolongación de la prisión preventiva estuvo fundada en la afirmación por parte del juez de una "sospecha particularmente confirmada" de que el acusado ha cometido el crimen, con lo cual "la diferencia entre la cuestión que el juez tiene que determinar cuando aplica esta sección [secc. 762, párr. 2, de la Ley de Administración de Justicia danesa] y la cuestión que tendrá que determinar cuando dicte sentencia se hace muy tenue" (§ 51).

Consecuentemente, en la visión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la circunstancia de haber formulado un juicio de probabilidad de culpabilidad descalifica al juez para participar durante el juicio en el que se determine su culpabilidad o inocencia.

30) Que las ilegitimidades de superponer las facultades investigativas y de juzgamiento, así como la identificación de la función del fiscal y la del juez de instrucción, fueron nuevamente ratificadas por el TEDH en el caso "Tierce y otros vs. San Marino" (del 25 de julio de 2000). En este precedente se planteaba la legitimidad de que un juez (el "*Commissario della Legge*") hubiera ejercido funciones combinadas de investigación y juzgamiento en primera instancia y que hubiera intervenido luego durante el procedimiento recursivo. El TEDH reiteró, con remisión a "Piersack", que "en orden a que el tribunal pueda inspirar públicamente la confianza indispensable, se deben tener en cuenta cuestiones de organización interna. Si un individuo, luego de desempeñarse en una oficina del ministerio público cuya naturaleza es tal que deba enfrentar una cierta causa en el transcurso de sus funciones, y subsecuentemente se ocupa del mismo caso como juez, existen motivos legítimos para que se tema públicamente que no ofrece suficientes garantías de imparcialidad" (§ 78). En el caso, el *Commissario della Legge* había llevado adelante una investigación detallada de las actividades de uno de los demandantes durante más de dos años, su actividad incluyó interrogatorios al imputado y a diversos testigos y ordenó la realización de peritajes y medidas cautelares sobre la propiedad del imputado. "...[P]or lo tanto, hizo un uso muy amplio de sus poderes como juez de la investigación. Posteriormente, ordenó la realización del juicio en contra del demandante y, luego de oír a las partes en una ocasión durante un juicio que duró aproximadamente tres meses, dictó la condena" (§ 79). En tales condiciones, "teniendo en cuenta el rol dual del Commissario della Legge como el juez investigador y del juicio en los procedimientos impugnados y, en particular, la extensión de sus poderes al preparar el caso", el tribunal concluyó que las sospechas de parcialidad planteadas por el demandante estaban justificadas objetivamente (conf. § 83).

31) Que de los precedentes descriptos se desprende la regla general de que un sistema en que la sentencia es dictada con la intervención del mismo juez que tuvo a su cargo la investigación preliminar y la decisión acerca del mérito de dicha investigación, en principio, no satisface el estándar mínimo de imparcialidad del tribunal, exigido por los respectivos tratados internacionales.

32) Que esta insuficiencia ya había quedado plasmada en el "Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal", conocidas como "Reglas de Mallorca" y elaboradas por una comisión de expertos convocada por el Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas (1990-1992). En efecto, entre los principios generales del proceso, se establece que "las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora" (2a., 1°) y que constituye un presupuesto del tribunal imparcial, la prohibición de que forme parte del tribunal "quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa" (4a., 2°).

33) Que, con relación a la significación de dichas reglas para el caso en estudio, el *a quo* ha expresado *obiter dictum* lo siguiente: "se aclara que las "Reglas de Mallorca" –en las que el Dr. Pedro David [uno de los vocales que suscriben la decisión] participó en carácter de redactor– aún no tienen sanción legislativa en la ONU debido a numerosos proyectos de modificación de las mismas formulados por los países miembros de la organización, que han retrasado el proceso de aprobación por parte de los órganos legislativos". Tal aclaración, por cierto, resulta absolutamente injustificada. En efecto, la falta de carácter vinculante de las Reglas de Mallorca de ningún modo parece haber sido desconocida por la defensa oficial. Antes bien, de la lectura de los agravios se desprende con toda claridad que la invocación de dichas reglas hecha por la parte tiene un objetivo muy diferente, cual es el de reforzar sus argumentos a partir de la circunstancia de que ellos son compartidos por un numeroso grupo de juristas "expertos", y que, a pesar de pertenecer a países muy diferentes entre sí, señalan a la necesidad de separar estrictamente las funciones de investigación y persecución como una disposición básica en el marco de la estructuración de un proceso penal respetuoso del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva se advierte que la circunstancia de que los países respectivos, por diferentes razones, no hayan llegado después a implementar suficientemente la separación en cuestión de ningún modo resta peso a la opinión citada ni exime al tribunal de examinar los agravios que se habían sustentado en tales argumentos.

34) Que en el caso de autos, la jueza recusada realizó la totalidad de la actividad propia de la instrucción preparatoria: ordenó diversas

medidas de prueba tendientes a acreditar la responsabilidad del imputado, aseguró la efectiva aplicación de la ley penal mediante medidas cautelares (e.g. secuestros), indagó al imputado, formuló auto de mérito y después de desarrollada tal actividad, fue ella misma quien expresó su temor de haber perdido la objetividad al momento de tener que efectuar el debate y dictar sentencia.

Por cierto, hasta el momento, todas sus decisiones fueron "provisionales", y ellas distan de ser equiparables a una condena, pero no es posible perder de vista que todas esas decisiones "provisionales" no sólo tuvieron un claro contenido "incriminador" sino que, además, produjeron fuertes restricciones a los derechos del imputado, justificadas en la existencia de "motivos bastantes para sospechar" y de "elementos de convicción suficientes" de que intervino en el hecho.

35) Que a partir de lo dicho precedentemente, se desprende que quien llevó adelante la actividad incriminatoria descripta no puede ser la misma persona que habrá de realizar el debate y la que finalmente condene o absuelva al imputado, pues un procedimiento semejante no reúne los requisitos mínimos exigibles con respecto a la imparcialidad del juzgador. En efecto, aun cuando la hipótesis de un juzgamiento imparcial no pueda ser lógicamente descartada de antemano, las condiciones en que se produciría el debate tampoco permiten descartar la hipótesis contraria: que la jueza no pueda separarse del preconcepto que ella misma formuló, esto es, que es altamente probable que el imputado sea culpable del hecho que se le imputa.

36) Que, cuando se argumenta en favor de la legitimidad de la acumulación de funciones sobre la base de la posibilidad de que, de todos modos, el juez actúe imparcialmente, se parte de la base de que los jueces son sujetos de una probidad indudable, que estarán dispuestos a abstraerse de todos los esfuerzos que hicieron para acreditar suficientemente la posible responsabilidad del imputado en la comisión del hecho, y que, frente al nuevo examen de las pruebas del debate, llegado el caso, admitirán sin dudar que el imputado es inocente y que todos los sufrimientos que le produjo el sometimiento a proceso nunca debieron haber acaecido. Es posible que haya muchos jueces que reúnan semejantes virtudes. Pero la pregunta es si es razonable establecer un sistema en el que se exija permanentemente de los jueces tal probidad, y particularmente, de los justiciables, tanta confianza en la disposición de los jueces a resolver el dilema de reco-

nocer sus posibles errores y asumir las consecuencias profesionales y personales que ello pudiera acarrear, siempre en favor del derecho.

37) Que, en este sentido, no es posible dejar de considerar que gran parte de la actividad defensiva durante el debate va a estar dirigida, muy probablemente, a cuestionar no sólo la prueba, sino ya la justificación de la imputación originaria, así como la de las diversas restricciones al patrimonio y la libertad que haya sufrido el procesado durante la instrucción. En otras palabras, más allá de lo que surja en el debate, el defensor, casi con seguridad, alegará que "el juez de instrucción se equivocó", sea en la valoración de los hechos o en la interpretación del derecho, y es posible que el éxito de su tarea dependa no tanto de refutar la acusación, sino de cuestionar la actividad y las afirmaciones previas del juez que ahora debe resolver la suerte definitiva del acusado.

38) Que la posibilidad de que los jueces no estén dispuestos a admitir, sin más ni más, sus propios errores fue el criterio decisivo en "Herrera Ulloa", en el que se planteaba la identidad de los magistrados que habían resuelto la revocación de una absolución y los que revisaron la condena dictada como consecuencia del reenvío. Según la Corte Interamericana, y a pesar de los argumentos de Costa Rica en el sentido de que el reenvío se había producido "sólo" para corregir errores *in procedendo*, dicho procedimiento resulta violatorio del art. 8.1 CADH, en la medida en que los jueces intervinientes no se limitaron en su primer examen del caso a cuestiones puramente formales, sino que, al menos en parte, analizaron el fondo de los agravios planteados en el recurso de casación.

39) Que, a partir de lo expresado, un tribunal que se puede ver obligado a admitir que se equivocó, al menos hipotéticamente, no puede aparecer ante la opinión pública y las partes como un tribunal insospechado, pues deja de ser un tercero ajeno al conflicto y pasa a tener un "interés" en el resultado del juicio: el de ocultar los posibles defectos o errores de la instrucción que él mismo realizó. En este punto, y con relación a la importancia de que un tribunal, además de ser imparcial, ofrezca objetivamente tal imagen frente a la opinión pública en un estado democrático, la Corte Interamericana, al remitir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hizo referencia a la estrecha relación que existe entre el concepto de imparcialidad, en su aspecto objetivo, y el de "independencia" judicial (conf.

caso “Herrera Ulloa”, párr. 170, nota 119, con remisión a los casos del TEDH “Pabla Ky vs. Finlandia”, del 26 de junio de 2004, y “Morris vs. Reino Unido”, del 26 de febrero de 2002). En los casos citados, fue la acumulación de roles investigativos con la posibilidad de influir sobre la sentencia de condena, el elemento que el Tribunal Europeo consideró necesario examinar críticamente a fin de constatar la posible violación al art. 6.1, CEDH. Así, en los supuestos referidos a las condiciones de legitimidad de los juzgamientos mediante cortes marciales (esp. “Findlay vs. Reino Unido”, del 25 de febrero de 1997), el tribunal consideró violatorio de la garantía en cuestión el hecho de que los jueces militares tuvieran un rango inferior al del oficial que tenía a su cargo el esclarecimiento y preparación del caso.

40) Que, además de los supuestos de acumulación de funciones susceptibles de poner en cuestión la imparcialidad y la independencia, el TEDH también ha visto una violación al art. 6.1, CEDH, en los casos en que los jueces deben conocer en causas acerca de las que ya se habían expedido, y en particular en los casos de reenvío. En esos supuestos, es posible que el propio ordenamiento legislativo les imponga reexaminar el caso, es decir, que se vean obligados a conocer nuevamente en el caso “por imposición de la ley”. Ello –según el TEDH– no importa automáticamente un prejuzgamiento. Sin embargo, en la medida en que los jueces puedan verse obligados en el nuevo juicio a juzgar acerca de sus propios errores en la ponderación de los hechos o en la aplicación del derecho, queda justificado el temor de parcialidad (conf. “San Leonard Band Club vs. Malta”, del 29 de julio de 2004).

41) Que, desde este punto de vista, la acumulación de funciones investigativas y de enjuiciamiento no solamente es cuestionable desde la perspectiva del principio acusatorio, sino que, además, ella supone un procedimiento en el que no se puede descartar *ex ante* la posibilidad de que el juzgador se vea compelido, como resultado del debate y de las alegaciones de las partes, a tener que admitir que, al menos en algún aspecto, cometió un error en una etapa previa del procedimiento, o al menos, que no se desempeñó eficientemente durante la investigación, que es lo que en definitiva ocurre en la mayoría de los casos en los que el debate culmina con la absolución del imputado.

42) Que, en tales condiciones, no satisfacen el estándar mínimo establecido internacionalmente en materia de imparcialidad del tribunal las reglas procesales que autorizan un procedimiento en el que

el juez que tuvo a su cargo llevar adelante la investigación preparatoria y que resolvió que los elementos reunidos durante dicha investigación confirmaban los cargos formulados inicialmente al imputado con la suficiente certeza como para abrir el debate ("auto de elevación a juicio") sea quien decida, en definitiva, la condena.

43) Que en este punto resulta conveniente aclarar que existe entre lo que se habrá de decidir en la causa, y los precedentes internacionales citados, ciertas diferencias en cuanto a cómo ha de resolverse la cuestión, que se relacionan con las diferencias que existen entre la jurisdicción de los tribunales internacionales y las condiciones en que actúan los tribunales nacionales. Así, aquellos tribunales se limitan a constatar la existencia de la violación a una garantía una vez que ya se ha consolidado definitivamente y examinan el caso a la luz de la posible responsabilidad del estado demandado. La situación de los tribunales locales, en cambio, es diferente, pues a ellos les incumbe evitar que se produzcan las violaciones a los tratados, y en caso de que se hubieran producido, repararlas lo antes posible (conf. en este sentido TEDH "Kyprianou vs. Chipre", del 27 de enero de 2004, esp. § 43).

44) Que desde esa perspectiva se advierte que el abordaje "casuístico" del Tribunal Europeo o de la Corte Interamericana, orientado a examinar caso por caso si se ha concretado una lesión a la imparcialidad del tribunal, puede no ser el más adecuado para la protección efectiva del derecho en juego. En efecto, desde el punto de vista de un tribunal internacional, por la naturaleza de su jurisdicción, puede ser un parámetro correcto el de considerar caso por caso cuál fue la naturaleza de la decisión y si ella, en concreto, genera sospecha de parcialidad. Sin embargo, no parece adecuado trasladar ese razonamiento sin más ni más a la jurisdicción interna.

45) Que es función del legislador diseñar el proceso penal de tal manera que estén aseguradas del mejor modo posible las garantías individuales, y que la más mínima duda de menoscabo a las garantías sea disipada con la solución más favorable a la protección del derecho respectivo. Asimismo, el Estado argentino, al asumir la obligación de garantizar a toda persona el derecho a ser oída por un tribunal imparcial en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (art. 8.1, CADH), se ha comprometido a configurar sus tribunales de tal forma que dicha garantía quede suficientemente satisfecha.

46) Que el procedimiento correccional previsto por el Código Procesal Penal de la Nación, en tanto admite que el mismo juez que investiga sea el que juzga no resulta compatible con la garantía de la imparcialidad del tribunal, asegurada por las normas constitucionales citadas. No obstante ello, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico, y sólo cabe recurrir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar el derecho amparado por la Constitución si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 311:394; 316:779; 317:2046, entre muchos otros), es deber de esta Corte examinar la posibilidad de conciliar las normas impugnadas con las exigencias constitucionales.

47) Que desde ese punto de vista, bajo ciertas condiciones, el apartamiento del juez sospechado de parcialidad puede constituir un procedimiento adecuado para asegurar suficientemente una administración de justicia que no sólo actúa como debe, sino que además puede ser percibida como tal por la sociedad.

Sin embargo, un examen concreto de la naturaleza de los actos instructorios y su posible influencia en el ánimo del juez del juicio –a la manera del TEDH– daría lugar a un incidente de recusación de cierta complejidad a tramitarse en todos los sumarios correccionales con carácter previo a la apertura del debate, lo cual resultaría a todas luces contrario al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y reglas elementales de economía procesal.

48) Que, por lo demás, aun cuando puedan plantearse casos concretos en los que, por excepción, la imparcialidad del tribunal no se viera comprometida, lo cierto es que la estructura misma del procedimiento no resulta adecuada para alcanzar el estándar mínimo exigido internacionalmente en materia de tribunal imparcial.

Frente a ello, para evitar tales incidencias permanentes, resulta adecuado adoptar el criterio propuesto en su momento por el Ministerio Público en su dictamen en el caso “Zenzerovich” (Fallos: 322:1941), de conformidad con el cual, el art. 27 del Código Procesal Penal de la Nación, cuando establece que “el juez en lo correccional investigará y juzgará en una única instancia...” se limita a atribuir a todos los jueces correccionales la facultad de investigar y juzgar, pero que en los casos en los que el propio juez se excuse o bien el imputado así lo solicite, para garantizar la imparcialidad, el juez que tuvo a cargo la

instrucción deberá apartarse de la función prevista por el art. 405, Código Procesal Penal de la Nación, que pone en cabeza del juez correccional las atribuciones de presidente y tribunal de juicio.

Por ello, oído el señor Procurador General, 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 quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que corresponde compartir los fundamentos expuestos por los jueces Petracchi, Belluscio y Argibay. En consecuencia declárase la inconstitucionalidad del art. 88, segundo párrafo, de la ley 24.121.

Por ello, oído el señor Procurador General, 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 para que por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, que al revocar la decisión del titular del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, no hizo lugar a la recusación planteada por la asistencia técnica de Horacio Luis Llerena, aquélla dedujo recurso extraordinario, que al ser rechazado originó esta queja.

2°) Que para así decidir el *a quo* consideró que no correspondía a la jueza aceptar la recusación y abstenerse de juzgar, con sustento en que previamente había instruido y que ello afectaría la garantía de imparcialidad, por cuanto la recusación no se fundaba en ninguno de los supuestos previstos en el art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación.

3°) Que, en su apelación federal la recurrente esgrime que el pedido de apartamiento del juez de grado se basó en la sospecha razonable de parcialidad del magistrado que había ejercido funciones instructorias en la causa, pues ello pudo afectar su objetividad que lo descalificaba para dictar una sentencia imparcial. Solicita que se declare la inconstitucionalidad del 2° párrafo del art. 88 de la ley 24.121 –que suprimió el apartado uno del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)– que preveía expresamente la causal invocada de recusación, pues a su criterio resulta opuesto a la garantía de imparcialidad que surge del art. 18 de la Constitución Nacional y de los pactos internacionales (art. 75, inc. 22).

4°) Que las cuestiones debatida en la presente causa guardan sustancial analogía a las planteadas en el precedente “Alvarez” (Fallos: 326:3842). Allí en una disidencia conjunta me aparté de la tradicional jurisprudencia de la Corte, que desestimaba este tipo de planteos con sustento en que no constituían sentencia definitiva, e hice lugar a los agravios al considerar que el juez correccional no podía instruir y juzgar sin violar la garantía de imparcialidad, argumentos, que entre otros, reproduciré en el *sub lite* (Fallos: 326:3842, voto de los jueces Vázquez y Maqueda).

5°) Que, el fallo impugnado tiene carácter definitivo aun cuando no se pronuncie de modo final sobre el hecho imputado, pues de los antecedentes de la causa surge que el ejercicio imparcial de la administración de justicia se encuentra tan severamente cuestionado que el derecho de defensa comprometido exige una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela (Fallos: 316:826).

6°) Que, en el *sub lite* se encuentra en debate la interpretación de la garantía del debido proceso prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, el art. 33 del mismo cuerpo normativo y de diversos tratados internacionales, así como la validez constitucional de los arts. 88 de la ley 24.121 y 27 del Código Procesal Penal de la Nación.

7°) Que, en efecto, los agravios relativos a la imposibilidad de recusar al juez correccional que habrá de llevar adelante el debate oral y público, vulnerándose así el derecho del encausado a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, configura una cuestión federal típica, toda vez que aun cuando el apelante afirma que ataca el pronunciamiento por arbitrariedad, los argumentos que utiliza para fundar la tacha se refieren al alcance de garantías consagradas en los arts. 18, 33 y 75, inc. 22, segundo párrafo de la Constitución Nacional y la decisión ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en aquéllas –art. 14, inc. 3 de la ley 48– (Fallos: 314:1717; 318:817, entre otros).

8°) Que distintos pactos internacionales de derechos humanos, de rango constitucional conforme lo establece el art. 75, inc. 22, segundo párrafo de la Constitución Nacional, establecen el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica de 1969–; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

9°) Que asimismo, la Corte ha sostenido desde siempre y en forma pacífica que la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y el derecho del imputado a un tribunal imparcial y apto ante el cual defenderse, integran la garantía constitucional del debido proceso –art. 18 Constitución Nacional– (Fallos: 125:10; 240:160, entre muchos otros).

10) Que la garantía del juez imparcial, en sintonía con los principios de juez natural e independencia judicial, debe ser interpretada como una garantía del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador y le permita expresarse libremente y con justicia frente a cualquier acusación que se formule contra aquél.

Corresponde entonces, analizar si las normas procesales que regulan el juicio correccional se adecuan a la Constitución Nacional, en especial aquélla referida a las causales de excusación de los magistrados.

11) Que el art. 27 del Código Procesal Penal de la Nación, al fijar la competencia del juez correccional, dispone que será el encargado de investigar y juzgar, o sea que el instructor también actúe como juez de

sentencia. A su turno, el art. 55, inc, 1°, del mismo cuerpo normativo –conforme fue modificado por el art. 88 de la ley 24.121–, establece que el juez deberá inhibirse de conocer en la causa si hubiera intervenido en el mismo proceso como funcionario del ministerio público, defensor, denunciante, querellante o actor civil, o hubiera actuado como perito o conocido el hecho como testigo, o si en otras actuaciones judiciales o administrativas hubiera actuado profesionalmente en favor o en contra de alguna de las partes involucradas.

A fin de interpretar la conveniencia de estas normas y fundamentalmente evaluar si resisten ser confrontadas con el texto constitucional, resulta útil recurrir a reconocida doctrina del ámbito nacional como internacional, como así también a la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, en la medida que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 321:3555, considerando 10).

12) Que en oportunidad de exponer los motivos que sirvieron de base para el anteproyecto del viejo código de procedimiento en materia penal, Manuel Obarrio manifestó –ya en 1882 y si bien en referencia al juicio criminal–, que: “La conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria, está arriba de toda discusión. El juez que dirige la marcha del sumario, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito y de sus autores y cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que pueden impedirle discernir con recto criterio la justicia, y, por lo tanto, la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados. Este peligro no existe cuando la instrucción está a cargo de un juez que cesa en sus funciones luego de terminada, para pasar la causa a otro que se encargue de su fallo, previas las pruebas y discusiones del plenario”. “...El acto de la confesión con cargos desnaturaliza, por otra parte, la misión del juez, haciéndolo descender del rol elevado e imparcial que debe siempre observar, para convertirlo en acusador y obligarlo a manifestar opiniones sobre el mérito de los antecedentes del proceso, antes de la oportunidad en que debe hacer el estudio de esos antecedentes y en que puede recién estar habilitado para formar a su respecto, un juicio meditado y concienzudo. Pero abolido el acto de la confesión, era necesario reemplazarlo por otro, que viniera a operar de una manera natural el tránsito del juicio inquisitivo o sumario, al juicio plenario”.

En tal sentido, –tal como lo puso de relieve el señor Procurador General en Fallos: 322:1941– (conf. Clariá Olmedo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. 2°, Ed. Ediar S.A. 1962, págs. 78 y sgtes.), se sostuvo con meridiana claridad que: "El argumento justificador de esa diversidad del tribunal con respecto a las dos etapas fundamentales del proceso penal ha de encontrarse en la inconveniencia de que una misma persona reúna los elementos necesarios para dar base a la acusación y después decida sobre esa misma acusación. El auto de procesamiento es ya una declaración jurisdiccional incriminadora, aunque lejos esté de significar una condena; la acusación toma sus elementos de esa declaración jurisdiccional, y al dársele curso para permitir la apertura del juicio existe un nuevo pronunciamiento incriminador, más acentuado si medió oposición de la defensa. Se hace imposible, o por lo menos muy inconveniente, que todo esto sea obra del mismo tribunal que después ha de actuar en los debates y dictar la sentencia".

13) Que lo expresado por el maestro Luigi Ferrajoli (confr. su obra "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Editorial Trotta, España, 1997, págs. 581 y sgtes.), resulta aquí de particular relevancia. Sobre la imparcialidad del juez, refiere el profesor italiano que: "La separación del juez de la acusación... primera garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercero super partes: el acusador, el defensor y el juez... Y es indispensable para que se garantice la afinidad del juez a los dos intereses contrapuestos –el de la tutela frente a los delitos, representada por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representados por la defensa– que además corresponden a los dos fines perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto, que, como se ha visto, justifican el derecho penal. 'Las partes que están en controversia acerca de un derecho', escribió Hobbes, 'deben someterse al arbitraje de una tercera persona'"... "<u>El juez que no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial</u>". Para más adelante agregar que: "...para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de

acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque sea de manera ambigua, también en el mixto. Sólo así puede el proceso conservar un carácter 'cognoscitivo' o, como dice Beccaria, 'informativo' y no degenerar en 'proceso ofensivo' donde el juez se hace enemigo del reo" (el subrayado no obra en el original).

14) Que también es útil para la solución del presente, lo resuelto por sentencia del 26 de octubre de 1984 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el llamado caso "De Cubber" en oportunidad en que un nacional belga dirige demanda contra el Reino de Bélgica por la falta de cumplimiento del art. 6.1 del convenio, según el cual "toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá (...) sobre la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra ella". Del análisis de los hechos pudo concluir por unanimidad que en el caso sometido a su estudio donde fue condenado el demandante se violó el art. 6.1 del convenio, al demostrarse que existió un ejercicio sucesivo de las funciones de juez de instrucción y de juez sobre el fondo del asunto por un mismo magistrado en una misma causa. "Se comprende así que un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del Tribunal llamado a decidir sobre la fundamentación de la acusación, al Magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado frecuentemente durante la instrucción preparatoria, estando sus preguntas dictadas por la preocupación de descubrir la verdad. Además, tal Magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes –a menudo voluminosos– constituidos por sus trabajos. También se comprende que pueda, a los ojos del interesado, aparecer... formada por anticipado una opinión que pese en el ánimo del tribunal a la hora de la decisión... el acusado puede ver con cierta alarma la perspectiva del juez de instrucción activamente envuelto en el proceso de revisión... la imparcialidad del tribunal era idónea para aparecer ante el recurrente como abierta a duda... En conclusión... advierte que una interpretación restrictiva del artículo 6.1 –singularmente en cuanto al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio– no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio (sentencia Delcourt precitada, serie A, número 11, págs. 14-15, párrafo 25 *in fine*)" conf. Fallos: 321:3679 –voto del juez Vázquez–, considerando 17.

15) Que la doctrina reseñada fue moderada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en oportunidad de resolver casos posteriores (“Hauschildt” resuelto el 24 de mayo de 1989 y “Sainte-Marie” fallado el 16 de diciembre de 1992) acerca del alcance de la garantía consagrada en el art. 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, expresando que si bien un juez que actúa en la toma de medidas preliminares y luego interviene en la decisión final puede generar dudas razonables respecto de su imparcialidad, ello no implica que ésta necesariamente se encuentra comprometida, pues el tema debe examinarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

16) Que, no obstante la precisión de la Corte de Estrasburgo sobre el derecho a ser oído por un juez imparcial, entiende el Tribunal que la garantía analizada es fundamentalmente del imputado. En efecto, en el juicio correccional, el juez, entre otras facultades instructorias, debe llevar adelante la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento, dictar medidas cautelares, producir prueba que él valorará y luego servirá de plataforma para el desarrollo del debate, dictar eventualmente el procesamiento de la persona sometida a proceso si considerase que hay elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso –auto interlocutorio que si bien está lejos de significar una condena y puede incluso ser revocada por el mismo magistrado que la dictó, no deja de ser una declaración jurisdiccional incriminadora– y disponer la elevación de la causa a juicio.

En tal sentido, corresponde poner de relieve que la instrucción prevista en el actual procedimiento otorga al juez que la desarrolla un amplio poder discrecional por sobre la intervención de las partes. Circunstancia, que a la hora de juzgar, invariablemente le impedirá abstraerse “a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigadora” (conf. Edberhardt Schmidt, “Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal”, Tratado de José Manuel Núñez, Buenos Aires, 1957, pág. 195).

17) Que en el *sub lite*, se agravia el recurrente que el magistrado instructor realizó un pronóstico acerca de la culpabilidad de su ahijado procesal y dictó el auto de procesamiento en su perjuicio (art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación). Que una vez concluida la instrucción, dispuso la elevación de la causa a juicio y rechazó una

excepción de falta de acción interpuesta por la defensa, cuestionando ésta, básicamente, si el juez correccional se encuentra en condiciones de dictar una sentencia final imparcial.

18) Que, si bien el procesamiento es una decisión jurisdiccional de naturaleza provisoria que admite ser revocada y reformada por el propio magistrado que la dicta, no menos cierto resulta que para su dictado, el magistrado a cargo de la instrucción valora la prueba colectada y reconoce el mérito de la imputación. Así también, su pronunciamiento constituye presupuesto y base de la elevación de la causa a juicio.

De esta manera resulta, en principio, razonable que el imputado padezca temor de parcialidad por parte del encargado de juzgarlo, justificándose en consecuencia su apartamiento.

19) Que "la garantía de objetividad de la jurisdicción es un principio procesal del estado de derecho que, en la actualidad, se eleva al rango de Ley Fundamental, y porque 'cuya inobservancia es juzgada por las convicciones jurídicas dominantes de un modo especialmente severo' (conf. Brusiin, Otto, Über Objektivität der Rechtssprechung, Helsinki, 1949, versión castellana, 1966, pág. 51)" –Fallos: 316:826–. En función de lo precedentemente expuesto, cabe señalar que la forma de asegurar al imputado la garantía constitucional de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, importa evitar que el mismo magistrado correccional que instruyó el proceso sea aquel que luego llevará adelante el juicio y dictará sentencia. Y ello es así, pues la imparcialidad objetiva que corresponde avalar al encausado, sólo podrá garantirse en la medida que se haga desaparecer por completo la mínima sospecha que pudiera albergar aquél, relativa a prejuicios o preconceptos de que estaría imbuido el juez correccional como resultado de la inevitable valoración del hecho y la responsabilidad del imputado, inherente a la etapa de investigación.

20) Que lo hasta aquí expresado, en modo alguno significa poner en duda la rectitud personal de los jueces correccionales, quienes a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal –ley 23.984– vieran incrementar año a año las causas sometidas a su jurisdicción y competencia. Sobre este aspecto cabe recordar liminarmente, a modo *obiter*, que ese creciente cúmulo de tareas generó un déficit en el servicio de administración de justicia sobre un alto porcentaje de conflic-

tos sociales previstos en la normativa represiva y que mayormente padece la ciudadanía, no obstante tratarse de aquéllos con penas más leves; situación que se hace necesario criticar para que la autoridad competente implemente una adecuada solución.

Por el contrario, se trata de dar plena efectividad a la garantía de gozar de imparcialidad desde la óptica de su principal destinatario, vale decir el justiciable, quien no debe albergar vacilación sobre el magistrado que lo juzgará. Pues, "ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone a quien la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar sus mejores deseos, prejuicio e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible" (conf. Oliva Santos, "Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal", Barcelona, 1988, pág. 32).

21) Que en tales condiciones, corresponde declarar la invalidez constitucional, en su aplicación al caso de autos –del art. 88 de la ley 24.121– en cuanto suprimió como motivo de inhibición del juez si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento, conforme disponía la redacción original del art. 55, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación.

22) Que el alcance de dicha inconstitucionalidad se limita a la interpretación que realizó el *a quo* de las normas en juego, por ello en nada obsta a que los jueces correccionales o el *a quo* puedan proponer una interpretación –función que por su naturaleza les es propia e indelegable– de dichas normas procesales que las hagan compatible con la garantía de imparcialidad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado, debiéndose devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Notifíquese y remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que la defensora oficial de Horacio Luis Llerena en la causa que se le sigue por los delitos de lesiones y abuso de armas recusó a la juez en lo correccional interviniente en la instrucción del sumario invocando el principio según el cual "quien instruye no debe juzgar" a fin de asegurar la imparcialidad del juzgador. Sostuvo, en consecuencia, la inconstitucionalidad de la modificación introducida por el art. 88 de la ley 24.121 en el art. 55, inc. 1°, del Código Procesal Penal de la Nación, sobre cuya base se autoriza que el mismo juez intervenga en ambas etapas del procedimiento correccional, la instructoria y la de juzgamiento.

2°) Que la juez recusada hizo lugar al planteamiento, lo que motivó que el magistrado a cargo del Juzgado en lo Correccional N° 1 elevara las actuaciones a la Cámara Nacional de Casación Penal por considerar que la admisión de la recusación carecía de fundamentos.

3°) Que la mencionada cámara no hizo lugar a la recusación sobre la base de la interpretación restrictiva de las causales previstas en el ordenamiento procesal. Por lo demás, con remisión a un precedente de la misma sala, sostuvo la constitucionalidad del procedimiento correccional previsto en el régimen procesal nacional, el cual atribuye a un mismo juez la instrucción, la dirección del debate y la sentencia.

4°) Que contra dicha decisión, la defensa dedujo el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 sosteniendo la inconstitucionalidad de la norma antes mencionada, que suprimió la causal de recusación que afectaba al juez que "*en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento*", con apoyo en jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y en las llamadas "Reglas de Mallorca".

5°) Que las decisiones que admiten recusaciones no constituyen la sentencia definitiva a la cual alude el art. 14 de la ley 48, en tanto no ponen fin al pleito ni excluyen la posibilidad de que la sentencia final resulte favorable al recusante, circunstancia que haría inconducente

el planteamiento. Sin embargo, la cuestión planteada en esta causa excede los límites de la recusación puesto que en rigor no se trata de la exclusión de cierto magistrado de la actuación en una causa determinada sino que se pone en tela de juicio la parcial constitucionalidad de un sistema de juzgamiento, lo que reviste trascendencia institucional por exceder del interés de las partes en pugna. Por tanto, corresponde que esta Corte se pronuncie sobre el tema en la única oportunidad procesal adecuada para hacerlo puesto que frente a una eventual decisión final condenatoria la apreciación de la validez de la actuación de un mismo juez en la instrucción y en la sentencia sería imposible o tardía.

6°) Que la Convención Americana de Derechos Humanos –con valor constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional– no contempla expresamente la imposibilidad de que el juez instructor actúe a la vez como juez de sentencia, su art. 8, párrafo 1, establece, en lo que aquí atañe, que "*toda persona tiene derecho a ser oída... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...*". Cierto es que no existe pronunciamiento alguno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resuelva expresamente esta situación, como también que las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos referentes al art. 6, párrafo 1, de la Convención Europea, en sustancia similar al anteriormente citado precepto de la americana, tampoco se han pronunciado sobre un problema exactamente igual. En efecto, en todos ellos mediaba algún ingrediente distinto: así, la causa "*Piersack vs. Bélgica*" se refería al director de la fiscalía, en "*De Cubber vs. Bélgica*" se tuvo en cuenta el carácter inquisitorial y secreto de la investigación preparatoria, en "*Hauschildt c/ Dinamarca*" se requirió el análisis de los actos concretos en que el instructor había actuado, análisis que también se realizó en "*Tierce vs. San Marino*". Sin embargo, es obvio que la inexistencia de un antecedente exacto en la jurisprudencia internacional no constituye obstáculo para que los jueces argentinos interpreten la garantía de imparcialidad según su propio criterio; máxime cuando el "Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal", conocidas como "Reglas de Mallorca", adelantan la consolidación de una interpretación de las normas internacionales que contraría la limitación de la ley argentina, al establecer que "*las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora*" (regla 2ª, 1), y que constituye un presupuesto del tribunal imparcial la prohibición de que forme parte de él "*quien haya interve-*

nido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa" (regla 4ª, 2).

Con tal criterio, no resulta admisible que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa de juicio, al menos en cuanto se trate del magistrado que dictó el auto de procesamiento. En efecto, parece obvio que aun cuando dicho auto no implique un juicio definitivo acerca de la culpabilidad del imputado, la circunstancia de que su base se halle en la existencia de "*elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste*" (art. 306 del Código Procesal Penal) implica que en cierto grado el juez que lo dicta considera que existe responsabilidad penal del procesado. Es decir, que en algún momento estuvo persuadido de que el imputado había realmente cometido el delito que se le achacaba, lo que involucra un prejuicio que puede influir en su ánimo en el momento de sentenciar. Y si bien esa convicción puede quedar luego desvirtuada por la prueba producida en el proceso, su imparcialidad para la decisión final resulta, por lo menos, dudosa. De ahí que quepa llegar a la conclusión de que la supresión por la ley 24.121 de la causal de recusación basada en que el juez interviniente dictó el auto de procesamiento se encuentra en pugna con el art. 8, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, con el texto constitucional al cual dicha convención ha quedado incorporada. La conclusión es mucho más valedera, si cabe, en este caso, ya que la propia juez recusada admitió el planteamiento aceptando su sustitución por otro magistrado.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, de conformidad con el art. 16 de la ley 48, se declara que deberá continuar interviniendo en la causa el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 1. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **la doctora Silvina Manes, defensora oficial del imputado Horacio Luis Llerena.**
Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; Juzgados en lo Correccional N° 1 y N° 3.**

MARTA SUSANA MONTI v. VICENTE NAZARENO ARMINI y Otra

RECURSO DE QUEJA: Trámite.

Corresponde desestimar la petición de suspensión de los plazos en el recurso de queja si los interesados tienen otros medios a su alcance para requerir la información que les falta a fin de poder practicar las notificaciones pendientes en el incidente de beneficio de litigar sin gastos.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que por providencia de fs. 103 se difirió la consideración de la presente queja hasta tanto se acreditara la concesión del beneficio de litigar sin gastos y se le hizo saber a la parte que debía informar periódicamente al respecto, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de la instancia.

2°) Que a fs. 104 los recurrentes solicitan que se ordene la suspensión de los plazos en el recurso de queja con sustento en que necesitan contar con el expediente principal –que actualmente se encuentra radicado ante la alzada– para poder practicar las notificaciones ordenadas en el beneficio de litigar sin gastos.

3°) Que las razones aducidas por los recurrentes no son aptas para que el Tribunal ordene la suspensión de los plazos en el recurso de queja, pues los interesados tienen otros medios a su alcance para requerir la información que les falta a fin de poder practicar las notificaciones pendientes en el incidente mencionado precedentemente.

Por ello, se desestima la petición de fs. 104. Notifíquese y sigan los autos según su estado procesal.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de hecho interpuesto por **Liliana Graciela Nicola y Vicente Nazareno Ermini,** con el patrocinio letrado del Dr. **Jorge Américo Hermida.**
Tribunal de origen: **Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 79.**

RUBEN PALILLO (HOY PALILLO, JUAN CARLOS)
v. EJERCITO ARGENTINO

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Así como no neutraliza el efecto de las astreintes el hecho de que puedan ser disminuidas o dejadas sin efecto una vez satisfecho su objetivo, tampoco lo inhibe la circunstancia de que, obtenido su propósito, su percepción se someta al régimen previsto en el art. 22 de la ley 23.982.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

El art. 22 de la ley 23.982, que tiene por objeto evitar la afectación imprevista de fondos contemplados para ser aplicados a otros fines, preservando la regularidad del funcionamiento del servicio, no autoriza a introducir excepciones en materia de multas procesales impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Interpretación y aplicación.

La primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, ya que no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo, podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Si ni la primigenia ley de consolidación 23.982 ni la más reciente 25.344 contienen previsión alguna que excluya de su régimen a las obligaciones originadas en

sanciones conminatorias impuestas por los jueces a fin de lograr el cumplimiento de sus mandatos, no corresponde en tales supuestos apartarse del sistema de ejecución diseñado en dichas normas (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Si la causa o título de la obligación es anterior a la fecha de corte establecida en el art. 13 de la ley 25.344, no existe en dicha ley ni en la anterior (ley 23.982) ninguna disposición que autorice a introducir excepciones en materia de multas procesales impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

El régimen de consolidación de deudas no alcanza a aquellas emergentes de sanciones impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades que les acuerda el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los efectos que se pretende con la aplicación de astreintes, sin distinguir entre los supuestos en los que la obligación principal hubiera sido cumplida o no (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la resolución de la instancia anterior que había aprobado la liquidación de astreintes practicada por la actora e intimó a la demandada a efectuar su pago dentro del plazo de quince días (art. 504 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), con fundamento en que está destinada a vencer la resistencia del obligado y en que suprimir los efectos de las sanciones conminatorias por la oblicua vía de aplicar la ley 23.982, importaría privar a los jueces de uno de los instrumentos legalmente conferidos para ejercer su *imperium*.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

Sostiene que el tribunal se apartó de las normas aplicables y del tema en litigio, pues la opción de diferimiento que disponen las leyes 23.982 y 25.344 –que tienen carácter de orden público– es el único medio por el cual el Estado puede prever los gastos a afrontar en caso de no contar con créditos suficientes, reserva presupuestaria que se realiza una vez que se encuentran firmes y consentidas las liquidaciones a pagar por el Estado Nacional.

Con fundamento en lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia mediante la Acordada N° 22/00 –que autoriza a percibir la tasa de justicia en bonos emitidos por el Estado Nacional cuando el recurso se origine en obligaciones comprendidas en el ámbito de la ley 23.982– aduce que aquellos emolumentos que correspondan a deudas provenientes de resoluciones judiciales por obligaciones comprendidas en leyes de emergencia pueden ser abonados conforme lo establecen dichas normas.

Por otra parte, expresa que el presupuesto fáctico de las astreintes es una obligación a la que se procura dar cumplimiento a través de una medida coercitiva, que se agota una vez que cesa la renuencia del deudor. Tal circunstancia ya habría ocurrido en el *sub lite* con el pago de lo adeudado, razón por la cual entiende que la pretensión actual se reduce al cobro de una suma líquida de dinero –no a un medio compulsivo– que debe quedar comprendida en el régimen de consolidación.

– III –

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se encuentra en juego la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal y la decisión del superior tribunal de la causa –a la que cabe atribuir el carácter de definitiva, por cuanto los agravios constitucionales que se invocan no son susceptibles de reparación ulterior– fue contraria a las pretensiones del apelante.

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, estimo que los argumentos que invoca la recurrente no resultan suficientes para apartarse de la doctrina establecida por el Alto Tribunal en el sentido de que el régimen de consolidación de deudas no alcanza a aquellas emergentes de sanciones impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades que les acuerda el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los efectos que se pretende con la aplicación de astreintes, sin distinguir entre los supuestos en los que la obligación principal hubiera sido cumplida o no (v. Fallos: 320:186 y sentencia del 2 de julio de 2002, *in re* E. 152, L.XXXVII, "Elma S.A. c/ Pratti Vázquez Iglesias S.A. s/ cobro de pesos", que se remite a los fundamentos del dictamen de esta Procuración General).

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar la resolución de fs. 24 (del cuaderno de queja) en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 17 de septiembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Palillo, Rubén (hoy Palillo, Juan Carlos) c/ Ejército Argentino", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que la cuestión planteada guarda sustancial analogía con la tratada por esta Corte en Fallos: 320:186, disidencia del juez Bossert, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto el fallo apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por me-

dio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Exímese a la recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 52 vta. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que la cuestión planteada guarda sustancial analogía con la tratada por esta Corte en Fallos: 320:186, disidencia de los jueces Nazareno, Fayt y Vázquez, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto el fallo apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Exímese a la recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 52 vta. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la resolución de primera instancia por medio de la cual se dispuso apro-

bar la liquidación de astreintes practicada por la actora e intimar al demandado –Estado Nacional, Ejército Argentino– a abonar dicho crédito dentro del plazo de quince días (conforme lo previsto en el art. 504 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para así resolver, consideró –con cita de un precedente de esta Corte publicado en Fallos: 320:186 (voto de los jueces Moliné O'Connor y López), *in re* "Iturriaga, E. c/ B.C.R.A.", que "...suprimir [los efectos de las astreintes] por la oblicua vía de aplicar la ley 23.982, importaría privar a los jueces de uno de los instrumentos legalmente conferidos para ejercer su *imperium*...".

2°) Que contra tal decisión, el demandado plantea el recurso extraordinario cuya denegación motivara la presente queja.

Se agravia, básicamente, de que el Tribunal *a quo* recepta la postura de su contraparte al ordenar el pago de las astreintes que adeuda en efectivo en el plazo de quince días, omitiendo aplicar disposiciones de orden público que rigen el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional; puntualmente, las leyes 23.982 y 25.344.

3°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se halla en juego la interpretación de leyes de carácter federal y la decisión definitiva del Superior Tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que el apelante fundó en ellas.

4°) Que en el caso, debe comenzar por aclararse que las astreintes cuyo cobro inmediato, y al margen de las disposiciones de las normas involucradas persigue la actora, encuentran su origen en la injustificada demora en la que incurriera el Estado deudor en saldar el crédito consolidado reconocido en la presente causa. Tal demora –de acuerdo a lo decidido por los jueces de la causa– abarca el lapso transcurrido entre el 7 de abril de 1997 (fecha en que fuera fijada la multa diaria por el juez de primera instancia, fs. 323) y el 18 de septiembre de ese mismo año (día en el cual la representación de la demandada informara en el expediente que había procedido a remitir los Formularios de Requerimiento de Pago de Deuda Consolidada del señor Palillo a la Secretaría de Hacienda, fs. 367/368). Todo ello se desprende de la liquidación efectuada a fs. 477, aprobada por el juzgado a fs. 479 (todas las citas de las fojas corresponden al proceso principal).

Queda claro, entonces, que las citadas astreintes cumplieron debidamente el fin para el cual fueron impuestas; esto es, vencer la

reticencia del deudor logrando que el acreedor se encuentre con su crédito.

5°) Que así enmarcados los hechos de la causa, no se comparte la afirmación del Tribunal *a quo* en virtud de la cual considera que, en el supuesto de aplicarse al pago de las astreintes las disposiciones de las leyes 23.982 y 25.344, se estarían suprimiendo los efectos de las sanciones conminatorias y privando a los jueces de uno de los instrumentos legalmente conferidos para ejercer su *imperium*.

En efecto, a la luz de la descripción de las circunstancias de la causa efectuada en el considerando precedente, no puede más que concluirse que la sanción conminatoria impuesta ha logrado efectivamente el objetivo buscado al momento de imponerla. Siendo ello así, no se encuentra en juego al momento de decidir el modo en que debe ser saldado un crédito por astreintes ni la naturaleza coercitiva del instituto ni el *imperium* del juez de la causa.

6°) Que debe recordarse, además, que el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley. Esta Corte ha señalado que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo, podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 313:1005).

Así, siendo que ni la primigenia ley de consolidación 23.982 ni la más reciente 25.344 contienen previsión alguna que excluya de su régimen a las obligaciones originadas en sanciones conminatorias impuestas por los jueces a fin de lograr el cumplimiento de sus mandatos, no corresponde en tales supuestos apartarse del sistema de ejecución diseñado en dichas normas (ello, salvo que medie declaración de inconstitucionalidad del régimen, lo que en el caso no ha ocurrido).

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto y oído el señor Procurador General de la Nación, corresponde revocar el pronunciamiento atacado y devolver la causa al Tribunal de origen a fin de que se dicte

un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo aquí expuesto. Exímese a la recurrente de efectuar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 52 vta. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La actora pretende el cobro de las astreintes impuestas a la parte demandada (Estado Nacional, Ejército Argentino) y que tienen su origen en la injustificada demora en que incurriera el Estado deudor en abonar el crédito consolidado reconocido en la presente causa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la decisión anterior que dispuso aprobar la liquidación de astreintes practicada por la actora. Asimismo intimó al Estado Nacional, Ejército Argentino, a efectuar su pago dentro del plazo de 15 días, de conformidad con lo previsto en el art. 504 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2°) Para así decidir sostuvo, con fundamento en Fallos: 320:186, que las sanciones conminatorias impuestas no se encontraban comprendidas en el art. 22 de la ley 23.982.

Contra esta decisión, el demandado interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

En cuanto aquí interesa, el apelante se agravia de lo resuelto con fundamento en que el tribunal de alzada se apartó de las normas aplicables al caso, pues el único régimen de pago de las obligaciones a cargo del Estado es el establecido en la ley de consolidación (art. 22 de la ley 23.982). No obstante, también pretende la consolidación del crédito en los términos del artículo 13 de la ley 25.344.

3°) Tal objeción suscita cuestión federal suficiente para habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, toda vez que en el caso se halla en tela de juicio el alcance de una norma que reviste esa índole –art. 13

de la ley 25.344–, y la decisión impugnada ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en ella.

4°) En efecto, se advierte que el incumplimiento que motivó la imposición de las sanciones conminatorias se produjo en el año 1997. Esa demora comprende el lapso transcurrido entre el 7 de abril de 1997, fecha en que el juez de primera instancia fijó la multa diaria (fs. 323), y el 18 de septiembre de ese mismo año, en el cual el Estado informó que había procedido a remitir los Formularios de Requerimiento de Pago de la deuda Consolidada del actor a la Secretaría de Hacienda (fs. 367/368).

Al ser ello así, la causa o título de la obligación es anterior a la fecha de corte establecida en el art. 13 de la ley 25.344 y no existe en dicha ley ni en la anterior (ley 23.982) ninguna disposición que autorice a introducir excepciones en materia de multas procesales impuestas por los jueces en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto el fallo apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Exímese a la recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 52 vta. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los argumentos del dictamen del Procurador General de la Nación que antecede, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Exímese a la recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 52 vta. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **el Ejército Argentino,** representado por **la Dra. Hilda Susana Resumil.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B.**

TRANSPORTES AUTOMOTORES CHEVALLIER S.A.

ABOGADO.

Corresponde imponer una nueva multa equivalente al 20 % de la remuneración mensual que por todo concepto percibe efectivamente un juez nacional de primera instancia (art. 18 del decreto-ley 1285/58, según texto del art. 2° de la ley 24.289) y comunicar al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal si el letrado evidencia una conducta pertinaz e insiste con la reiteración de planteos de improcedencia manifiesta.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia.

Lo argumentado en el sentido de que lo actuado por la autoridad local con fundamento en las atribuciones previstas en el art. 12 de la ley 1296 de la Provincia del Neuquén constituye tanto un avance indebido sobre las prerrogativas conferidas a la Secretaría de Energía de la Nación por la ley federal 17.319, como una interferencia ilegítima en la política nacional fijada por ésta, resulta insuficiente para suscitar la competencia originaria de la Corte si no se evidencia que esté en juego un interés nacional de relevancia tal como para requerir la tutela inmediata del fuero federal, lo que también se desprende del hecho de que la autoridad nacional referida no ha comparecido ante los tribunales provinciales ni solicitado que se inhiban de entender en el caso.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el 16 de octubre del 2002 este Tribunal dictó sentencia en la presente queja. El apelante planteó recurso de reposición que fue rechazado (fs. 102); entonces presentó, sin éxito, un escrito titulado "acción de amparo" qué motivó la advertencia al letrado Héctor Alberto Gianantonio de que debía abstenerse de plantear cuestiones improcedentes (fs. 130). A pesar de lo expuesto en ese pronunciamiento el abogado solicitó aclaratoria que fue resuelta a fs. 134 imponiéndosele una multa.

No obstante la sanción dispuesta y sin acreditar su cumplimiento, efectuó una nueva presentación que originó la providencia de fs. 141.

Que desoída por el abogado la citada resolución, en punto a que acreditara el pago de la multa antes de despacharse el nuevo escrito, presenta ahora otro libelo para que sea el presidente de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación quien lo provea, revise el despacho de fs. 141 y vuelva a decidir sobre temas que fueron objeto de estudio y resolución en el fallo final de la causa.

Toda vez que el doctor Héctor Alberto Gianantonio evidencia una conducta pertinaz e insiste con la reiteración de planteos de improcedencia manifiesta, se ratifica lo dispuesto a fs. 141 y se le impone una nueva multa equivalente al 20% de la remuneración mensual que por todo concepto percibe efectivamente un juez nacional de primera instancia (art. 18 del decreto-ley 1285/58, según texto del art. 2° de la ley 24.289). Comuníquese al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Hágase saber y cúmplase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Raúl Perfecto García y otros,** con el patrocinio letrado **del Dr. Héctor Alberto Gianantonio.**
Tribunal de origen: **Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 16.**

FISCAL GENERAL ante la CAMARA NACIONAL de APELACIONES en lo CRIMINAL y CORRECCIONAL a cargo de la FISCALIA N° 1

CORTE SUPREMA.

Corresponde desestimar la presentación si las cuestiones planteadas no constituyen acción o recurso alguno que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de la Corte.

CORTE SUPREMA.

Sin dejar de reconocer la repercusión pública de las cuestiones que se pretende llevar a conocimiento de la Corte Suprema a través de la presentación directa, la jurisdicción de la misma tiene su curso procesal regular en el recurso de apelación establecido por la ley procesal y, eventualmente, en la vía extraordinaria del art. 14 de la ley 48 que procede en la oportunidad y casos previstos por esta disposición legal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que las cuestiones planteadas no constituyen acción o recurso alguno que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de esta Corte.

Que sin dejar de reconocer la repercusión pública de las cuestiones que se pretende traer a conocimiento a través de esta presentación directa, lo cierto es que la jurisdicción del Tribunal tiene su curso procesal regular en el recurso de apelación establecido por la ley procesal y, eventualmente, en la vía extraordinaria del art. 14 de la ley 48 que procede en la oportunidad y casos previstos por esta disposición legal.

Por ello, se desestima la presentación. Hágase saber y archívese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Presentación interpuesta por **el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Dr. Joaquín Ramón Gaset.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V.**

JOSE ANTONIO IGLESIAS

CORTE SUPREMA.

Corresponde desestimar la presentación si las cuestiones planteadas no constituyen acción o recurso alguno que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de la Corte.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que las cuestiones planteadas no constituyen acción o recurso alguno que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de esta Corte.

Que sin dejar de reconocer la repercusión pública de las cuestiones que se pretende traer a conocimiento a través de esta presentación directa, lo cierto es que la jurisdicción del Tribunal tiene su curso procesal regular en el recurso de apelación establecido por la ley procesal y, eventualmente, en la vía extraordinaria del art. 14 de la ley 48 que procede en la oportunidad y casos previstos por esta disposición legal.

Por ello, se desestima la presentación. Hágase saber y archívese.

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

Presentación interpuesta por **el Dr. José Antonio Iglesias, por derecho propio y en representación de los querellantes,** patrocinados por **los Dres. Beatriz M. Campos, Francisco Di Pietromica, Elsa B. Priore, Pablo Mayer, Elizabeth D. Márquez, A. Canali, Juan J. Vidal Mauriz, Daniel C. Barrena, Francisco M. López, Patricia Núñez Moreno, F. O. Sojo, Gabriela Joricich.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V.**

JOSE ANTONIO IGLESIAS

RECUSACION.

Corresponde rechazar la recusación del doctor E. Raúl Zaffaroni si, más allá de lo informado por el mismo, los motivos alegados no se adecuan a la causal prevista en el inc. 7° del art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y aceptar la excusación del doctor Carlos S. Fayt (art. 30 del mencionado código) en atención a las razones de decoro y delicadeza invocadas.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la parte querellante recusa a los señores jueces de este Tribunal doctores E. Raúl Zaffaroni y Carlos S. Fayt, por considerar que han adelantado opinión respecto del planteo formulado mediante sus declaraciones realizadas ante la prensa.

2°) Que más allá de lo informado por el doctor E. Raúl Zaffaroni en función de lo establecido en el art. 22 del C.P.C.C.N. los motivos alegados no se adecuan a la causal prevista en el inc. 7° del art. 17 del mencionado código, por lo que corresponde su rechazo.

3°) Que, por lo demás y en atención a las razones de decoro y delicadeza invocadas, cabe aceptar la excusación del señor ministro doc-

tor don Carlos S. Fayt (art. 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se rechaza la recusación del señor ministro doctor don E. Raúl Zaffaroni y se acepta la excusación del señor ministro doctor don Carlos S. Fayt (arts. 21 y 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

ANTONIO ALBERTO ACERBO v. BANCO DEL CHUBUT S.A. Y OTRA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Ante el desistimiento del actor del derecho esgrimido contra la Provincia del Chubut corresponde declarar la incompetencia de la Corte para seguir entendiendo en la causa por vía de la instancia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 146 Antonio Alberto Acerbo desiste del derecho en que fundó la pretensión promovida contra la Provincia del Chubut, y mantiene su reclamo en lo que concierne al Banco del Chubut S.A. Solicita que las costas correspondientes a aquella relación jurídico procesal sean distribuidas en el orden causado.

2°) Que en atención a lo dispuesto por el art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y dada la naturaleza del derecho en litigio, corresponde tener al actor por desistido del derecho y dar por terminado el juicio con relación al Estado provincial codemandado.

3°) Que las costas deben ser distribuidas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, y arg. art. 73, segundo párrafo *in fine*; arg. causa B.139.XXXIX. "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", sentencia del 26 de octubre de 2004, Fallos: 327:4495).

4°) Que el desistimiento que se admite trae aparejada la declaración de incompetencia de esta Corte para seguir entendiendo en la causa por vía de la instancia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. Ello es así, en la medida en que la decisión que se adopta determina que desaparezcan los presupuestos que la justificaron (ver dictamen de fs. 35/36; confr. causa R.537.XXXIX. "Rosales, Paulo Vitervo y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 23 de diciembre de 2004, Fallos: 327:6021).

Por ello, se resuelve: I. Tener al actor por desistido del derecho esgrimido contra la Provincia del Chubut, y dar por extinguido el proceso con respecto a dicha parte; II. Distribuir las costas en el orden causado en lo que se refiere a la relación jurídico procesal existente entre aquél y el Estado provincial; III. Declarar la incompetencia de la Corte para seguir entendiendo en estas actuaciones; IV. Remitir el expediente a la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, a fin de que se efectúe el sorteo correspondiente para resolver las cuestiones pendientes. Notifíquese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el suscripto comparte los considerandos 1°, 2° y 4° de la sentencia de la mayoría, y en cuanto al considerando 3° distribuye las

costas en el orden causado, sobre la base de la disposición contenida en el segundo párrafo del art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y teniendo en cuenta el argumento emergente del segundo párrafo *in fine* del art. 73 del mismo cuerpo legal.

Por ello, se resuelve: I. Tener al actor por desistido del derecho esgrimido contra la Provincia del Chubut, y dar por extinguido el proceso con respecto a dicha parte; II. Imponer las costas en el orden causado en lo que se refiere a la relación jurídico procesal existente entre aquél y el Estado provincial; III. Declarar la incompetencia de la Corte para seguir entendiendo en estas actuaciones; IV. Remitir el expediente a la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, a fin de que se efectúe el sorteo correspondiente para resolver las cuestiones pendientes. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Nombre del actor: **Antonio Alberto Acerbo – Dr. Jorge Horacio Gosende.**
Nombre de los demandados: **Banco del Chubut – Dra. Sandra E. Braillard, Provincia del Chubut – Dras. María Alejandra Ahmad y Valeria Lorena Viltes**.

MONICA GOLDSTEIN v. PROVINCIA DE SANTA CRUZ

ACLARATORIA.

Corresponde hacer lugar a la aclaratoria en lo atinente a la tasa de interés que debe calcularse, a fin de subsanar la omisión en que incurrió el anterior pronunciamiento.

ACLARATORIA.

Corresponde desestimar el planteo referido a la devolución de las obras introducido en la aclaratoria si la sentencia no adolece de un error material u omisión ya que el objeto de la pretensión se limitó a la reparación de los daños y perjuicios derivados de la pérdida y deterioro de algunas obras, cuestión a cuyo examen y decisión se circunscribió el anterior pronunciamiento del Tribunal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la parte actora solicita aclaratoria con relación a la sentencia dictada a fs. 186/189.

2°) Que cabe atender al planteo con respecto a la tasa de interés que debe calcularse, a fin de subsanar la omisión en que se ha incurrido al respecto en el pronunciamiento recaído a fs. 186/189. En consecuencia, aquélla se calculará, desde la fecha señalada en la sentencia y hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (confr. causa S.457.XXXIV "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 19 de agosto de 2004).

3°) Que con referencia a la pretendida devolución de las obras de la demandante, el planteo es inadmisible pues la sentencia referida no adolece de un error material u omisión que permita considerarlo en los términos del art. 166, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello es así, pues el objeto de la pretensión se limitó a la reparación de los daños y perjuicios derivados de la pérdida y deterioro de algunas obras expuestas en dependencias de la provincia demandada, cuestión a cuyo examen y decisión se circunscribió el pronunciamiento del Tribunal (conf. art. 163, inc. 6° del código citado), de modo que la actora deberá encauzar el presente reclamo ante la autoridad que corresponda.

Por ello se resuelve: I.– Hacer lugar a la aclaratoria solicitada en el sentido indicado en el considerando 2°; II.– Desestimar el recurso según lo expuesto en el considerando 3°. Notifíquese.

Enrique Santiago Petracchi (*en disidencia parcial*) — Augusto César Belluscio (*en disidencia parcial*) — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que la parte actora solicita aclaratoria con relación a la sentencia dictada a fs. 186/189.

2°) Que cabe atender al planteo con respecto a la tasa de interés que debe calcularse, a fin de subsanar la omisión en que se ha incurrido al respecto en el pronunciamiento recaído a fs. 186/189. En consecuencia, aquélla se calculará, desde la fecha señalada en la sentencia y hasta el efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (Fallos: 317:1921; causa V.523 XXXVI "Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 10 de abril de 2003, Fallos: 326:1299; disidencia de los jueces Petracchi, Belluscio y Vázquez en la causa S.457.XXXIV "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 19 de agosto de 2004).

3°) Que con referencia a la pretendida devolución de las obras de la demandante, el planteo es inadmisible pues la sentencia referida no adolece de un error material u omisión que permita considerarlo en los términos del art. 166, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello es así, pues el objeto de la pretensión se limitó a la reparación de los daños y perjuicios derivados de la pérdida y deterioro de algunas obras expuestas en dependencias de la provincia demandada, cuestión a cuyo examen y decisión se circunscribió el pronunciamiento del Tribunal (conf. art. 163, inc. 6° del código citado), de modo que la actora deberá encauzar el presente reclamo ante la autoridad que corresponda.

Por ello se resuelve: I.– Hacer lugar a la aclaratoria solicitada en el sentido indicado en el considerando 2°; II.– Desestimar el recurso según lo expuesto en el considerando 3°. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Profesional interviniente en la aclaratoria doctor **Pablo Miguel Jacoby.**

PETROBRAS ENERGIA S.A. v. PROVINCIA DEL CHACO

MEDIDA DE NO INNOVAR.

Corresponde hacer lugar a la medida de no innovar y ordenar a la provincia demandada que deberá abstenerse de realizar actos tendientes al cobro del impuesto de sellos, sin que esta decisión persiga obstaculizar los trámites administrativos que el Estado provincial se considerase con derecho a llevar a cabo para poner las actuaciones en condiciones de ejecutar el crédito si la pretensión esgrimida en el proceso es finalmente rechazada por la Corte.

MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

MEDIDA DE NO INNOVAR.

No corresponde hacer lugar a la medida de no innovar tendiente a que la provincia se abstenga de realizar actos tendientes al cobro del impuesto de sellos ya que la misma tiende a impedir la actividad fiscal (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que Petrobras Energía S.A. inicia la presente acción en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia del Chaco a fin de que se declare que las cartas recibidas para la celebración de los convenios que acompaña en el

anexo 5° de su presentación, no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, por lo que en razón de brevedad cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen obrante a fs. 22.

3°) Que por los diversos motivos que esgrime en su escrito inicial, la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del código citado a fin de que se ordene a la demandada "suspender preventivamente... todo trámite tendiente a determinar y/o perseguir de mi mandante el cobro de las sumas reclamadas... como así también de cualquier medida asegurativa que ella intentara trabar contra la actora o los integrantes de su Directorio, o cualquier otro acto vinculado con este reclamo que implique alguna restricción en el desarrollo de la actividad de Petrobras Energía".

4°) Que en el caso se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a la solicitado y, en el limitado marco de conocimiento propio del instituto en examen, no puede dejar de ponderarse que la situación resulta análoga a la resuelta por esta Corte en las causas S.1077.XXXVI "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de inconstitucionalidad"; Y.16.XXXIV "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"; T.352.XXXV "Transportadora de Gas del Sur S.A. (T.G.S) c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", sentencias del 15 de abril de 2004, circunstancia que torna procedente apartarse del criterio restrictivo con que deben considerarse este tipo de medidas cautelares frente al ejercicio de la actividad fiscal provincial (arg. causa Y.80.XXXVIII "Yacylec S.A. c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa", pronunciamiento del 3 de diciembre de 2002).

5°) Que sin perjuicio de ello y en mérito a los alcances de la solicitud formulada por la actora, es necesario dejar expresamente establecido que esta decisión persigue ordenar que la provincia se abstenga de realizar actos tendientes al cobro del impuesto de sellos con fundamento en la documentación que acompaña (anexo 5°), mas no persigue obstaculizar los trámites administrativos que el Estado provin-

cial se considerase con derecho a llevar a cabo para poner las actuaciones en condiciones de ejecutar el crédito si la pretensión esgrimida en este proceso es finalmente rechazada por la Corte (confr. causa T.71.XXXVII "Transportadora de Gas del Norte S.A. –T.G.N.– c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza –incidente de medida cautelar–", sentencia del 12 de marzo de 2002, Fallos: 327:2742).

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema. II. Hacer lugar a la medida cautelar pedida, y en consecuencia decretar la prohibición de innovar haciéndole saber a la provincia demandada que deberá abstenerse de ejecutar las sumas reclamadas en el acta de determinación impositiva de la Dirección General de Rentas provincial cuya copia obra a fs. 276 del expediente principal. Notifíquese al gobernador por oficio.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que Petrobras Energía S.A. inicia la presente acción en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia del Chaco a fin de que se declare que las cartas recibidas para la celebración de convenios que acompaña en el anexo 5° de su presentación no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, por lo que en razón de brevedad cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen obrante a fs. 22.

3°) Que por los diversos motivos que esgrime en su escrito inicial la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del código citado a fin de que se ordene a la demandada "suspender preventivamente... todo trámite tendiente a determinar y/o perseguir de mi mandante el cobro de las sumas reclamadas... como así también de cualquier medida asegurativa que ella intentara trabar contra la actora o los integrantes de su Directorio, o cualquier otro acto vinculado con este reclamo que implique alguna restricción en el desarrollo de la actividad de Petrobras Energía".

4°) Que medidas cautelares como las requeridas no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan. En ese sentido se ha adoptado un criterio de particular estrictez en el examen de medidas suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales (Fallos: 313:1420).

En efecto, y a mayor abundamiento, cabe recordar que incluso en casos en los que procedió la acción declarativa solicitada no se consideró que la sustanciación del juicio debiera impedir la percepción del impuesto pretendida, toda vez que el procedimiento reglado por el art. 322 más arriba citado no excluye necesariamente el cobro compulsivo que la demandada estaría habilitada a intentar por las vías procesales que considere pertinentes (Fallos: 310:606).

En esas condiciones, y dado que la medida requerida tiende precisamente a impedir la actividad fiscal en cuestión no resulta procedente la petición.

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte. II. No hacer lugar a la medida cautelar pedida. Notifíquese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que Petrobras Energía S.A. inicia la presente acción en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Na-

ción contra la Provincia del Chaco a fin de que se declare que las cartas recibidas para la celebración de convenios que acompaña en el anexo 5° de su presentación no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos provincial en razón de no haberse formalizado a su respecto aceptaciones instrumentadas.

2°) Que esta causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte, por lo que en razón de brevedad cabe remitirse a los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen obrante a fs. 22.

3°) Que por los diversos motivos que esgrime en su escrito inicial la actora solicita que el Tribunal decrete una prohibición de innovar en los términos del art. 230 del código citado a fin de que se ordene a la demandada "suspender preventivamente... todo trámite tendiente a determinar y/o perseguir de mi mandante el cobro de las sumas reclamadas... como así también de cualquier medida asegurativa que ella intentara trabar contra la actora o los integrantes de su Directorio, o cualquier otro acto vinculado con este reclamo que implique alguna restricción en el desarrollo de la actividad de Petrobras Energía".

4°) Que la petición no puede ser admitida pues en el caso no se configuran las circunstancias existentes en los autos T.352.XXXV. "Transportadora de Gas del Sur S.A. (T.G.S.) c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", T.48.XXXVII. "Transportadora de Gas del Sur c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa" y T.71.XXXVII. "Transportadora de Gas del Norte S.A. –T.G.N.– c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza – inc. de medida cautelar", resueltas el 12 de marzo de 2002; en efecto, el monto del reclamo provincial no justifica la adopción del criterio particular utilizado en los casos citados y en lo publicado en Fallos: 288:287 y 314:1312.

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte. II. Rechazar la medida cautelar pedida. Notifíquese.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

EDIT LOPEZ Y OTROS V. PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO

PRUEBA: Prueba en materia penal.

Corresponde hacer lugar al requerimiento *ad effectum videndi et probandi* de la causa penal (art. 326, inc. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) si el mismo tiende a garantizar la conservación del medio probatorio sin el cual sería imposible dictar en su oportunidad una sentencia de mérito.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 62 vta., punto II, la actora solicita, con fundamento en los arts. 195 y 323 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el secuestro y remisión de la causa penal 5790 caratulada "Cardozo, Jorge Ernesto y otros P.S.D. homicidio calificado E. P. de don Luis López", como así también sus anexos, incidentes y documentos. Relata que el aludido proceso tramitó ante la Cámara de Juicio Oral en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de la Provincia de Santiago del Estero, e indica que originariamente fue instruida en el expte. 109/99 del registro del Juzgado de Instrucción Criminal y Correccional de Termas de Río Hondo del mismo Estado provincial. En sustento de su pedido arguye que para dictar sentencia en estas actuaciones resulta necesario contar en forma completa con dicho expediente; y tal extremo se asegura con la medida que pide para evitar la pérdida de alguna de sus piezas.

Asimismo, pide que se requiera un informe a la Policía Lacustre de la Ciudad de Termas de Río Hondo, con el propósito de establecer la situación actual de la embarcación Ola Marina II.

2°) Que la defensora oficial se ha pronunciado al respecto a fs. 64, y ha dado su conformidad en representación de los menores a fin de que se acceda a las "medidas preliminares recabadas por la actora a fs. 62 vta., II" (ver fs. 64 punto III).

3°) Que la petición efectuada debe ser subsumida en la previsión contenida en el art. 326, inc. 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y corresponde admitirla ya que su realización impedirá la destrucción o pérdida de la prueba ofrecida. Es ineludible tomar las decisiones conducentes para evitar, en la medida de lo posible, que los extremos referidos se configuren, si se tiene en cuenta que la pretensión se sustenta en la errónea actuación judicial que se atribuye a la administración correspondiente de la Provincia de Santiago del Estero. De tal manera, el requerimiento anticipado *ad effectum videndi* del expediente, y su resguardo en la sede del Tribunal, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva, tiende a garantizar la conservación del medio probatorio sin el cual sería imposible dictar en su oportunidad una sentencia de mérito (confr. arg. causa G.173.XXIV "García, Antonio y otro c/ Entre Ríos, Provincia de s/ incidente de prueba anticipada", sentencia del 6 de agosto de 1992).

4°) Que de conformidad con la previsión contenida en el art. 327, último párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación corresponde hacerle saber al juez que intervenga en las diligencias que se ordenan, que en forma previa a cumplirlas deberá citar al gobernador de la provincia y al fiscal de Estado a los fines previstos en dicha disposición legal.

5°) Que también debe ser admitido el pedido de libramiento del oficio de informes a la Policía Lacustre de Río Hondo, ya que los peticionarios, a fin de cuantificar los daños que se invocan, pretenden que se determine la condición en que se encuentra la embarcación que, según arguyen, es de su propiedad (ver fs. 32 vta./33). Tal medida de prueba permitirá establecer el lugar en el que se encuentra, su situación actual y si ha sufrido deterioros en los que pudiese encontrar sustento la indemnización de los daños y perjuicios que se reclaman, aspectos que autorizan a subsumir la solicitud en la previsión contenida en el inc. 2° del art. 326 citado.

Por ello, se resuelve: I. Requerir *ad effectum videndi et probandi* la causa penal y sus anexos individualizados en el considerando 1°; II. Solicitar a la Policía Lacustre de la ciudad de Termas de Río Hondo, que informe si la embarcación Ola Marina II está actualmente en existencia a su cuidado, o, en su caso, el destino que se le haya dado. A dichos efectos líbrese oficio al señor juez federal de Santiago del Estero, en el que se hará constar el nombre del letrado autorizado para su

diligenciamiento, haciéndole saber al juez interviniente que en forma previa a cumplir con las medidas ordenadas, deberá citar al gobernador y al fiscal de Estado en los términos del art. 327 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese.

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

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON CARLOS S. FAYT, DON ANTONIO BOGGIANO,
DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con el voto de la mayoría, con excepción del considerando 4°.

Por ello, se resuelve: I. Requerir *ad effectum videndi et probandi* la causa penal y sus anexos individualizados en el considerando 1°; II. Solicitar a la Policía Lacustre de la ciudad de Termas de Río Hondo, que informe si la embarcación Ola Marina II está actualmente en existencia a su cuidado, o, en su caso, el destino que se le haya dado. A dichos efectos líbrese oficio al señor juez federal de Santiago del Estero, en el que se hará constar el nombre del letrado autorizado para su diligenciamiento.

CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Demanda originaria presentada por: **Edit López, por derecho propio, en representación de sus hijos menores Alejandro Darío y Malena Lucía Tytelman,** con el patrocinio letrado de los doctores **Norberto A. Giletta y Teresa Bisordi de Carbia**.
Nombre de los demandados: **Provincia de Santiago del Estero.**
Ministerio Público: **interviene por la defensoría oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la doctora Stella Maris Martínez.**

TECPETROL S.A.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

No corresponde que la Corte Suprema asuma competencia en la causa promovida por una provincia por cobro de tributos o gravámenes o derechos reclamados con arreglo a la ley local, pues la recaudación de sus rentas es función que le incumbe al Estado provincial.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas excluidas de la competencia federal.

Los tribunales nacionales no pueden resolver sobre la validez o inconstitucionalidad de tributos locales cuyo cobro se persigue en juicio de apremio seguido ante la justicia provincial, sin perjuicio de que esa cuestión sea traída a su conocimiento por el recurso del art. 14 de la ley 48 o por devolución de lo pagado indebidamente ya que, al menos en principio, el juez llamado a conocer de la demanda es necesariamente el de las excepciones que desea oponer el demandado.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas excluidas de la competencia federal.

Para que la causa corresponda a la jurisdicción del fuero federal, la materia federal debe ser la predominante para la solución del caso.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Lo argumentado en el sentido de que lo actuado por la autoridad local con fundamento en las atribuciones previstas en el art. 12 de la ley 1296 de la Provincia del Neuquén constituye tanto un avance indebido sobre las prerrogativas conferidas a la Secretaría de Energía de la Nación por la ley federal 17.319, como una interferencia ilegítima en la política nacional fijada por ésta, resulta insuficiente para suscitar la competencia originaria de la Corte.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas que versan sobre cuestiones federales.

Si a pesar de que la provincia ejecuta a un particular con fundamento en una norma provincial tal pretensión exige esencial e ineludiblemente determinar, en

forma previa, si esa ley local y los actos de las autoridades provinciales que se cuestionan invaden un ámbito de competencia que es propio a la Nación en materia de hidrocarburos, o si tal conducta afecta lo dispuesto en un acuerdo firmado entre varias provincias, tal circunstancia implica que la causa se encuentre entre las especialmente regidas por la Constitución a las que alude el art. 2, inc. 1°, de la ley 48, ya que versa sobre el preservamiento de las órbitas de competencias entre las provincias argentinas y el Gobierno federal que determina la Ley Fundamental, lo que torna competente a la justicia nacional para entender en ella (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 39/48 se presenta Tecpetrol S.A. y promueve inhibitoria, de conformidad con los arts. 7 y 8 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que V.E. declare su competencia originaria para entender en la causa "Provincia del Neuquén c/ Tecpetrol S.A. s/ cobro ejecutivo" (Expte. 307143/4), que tramita ante la Secretaría de Procesos Ejecutivos N° 3 del Juzgado Civil de la Provincia del Neuquén y solicite su remisión al Tribunal, por ser parte una Provincia en una causa –a su entender– de manifiesto contenido federal: regalías hidrocarburíferas.

– II –

Dichos autos tuvieron origen en el juicio ejecutivo que promovió la Provincia contra la actora ante la justicia civil local, para obtener el pago de un certificado de deuda, con fundamento en los arts. 12 y 13 de la ley 1926, por una supuesta **diferencia de regalías hidrocarburíferas** por la producción de petróleo en el área "Los Bastos" –concedida por el Estado Nacional según decreto del P.E.N. 42/91–, correspondiente al período de enero de 2003 a enero de 2004 (v. fotocopia a fs. 19).

Señala que la alegada diferencia provendría de considerar que Tecpetrol tomó como precio de referencia para liquidarlas y pagarlas –según la Provincia, erróneamente– el establecido en el "Acuerdo de Bases entre Productoras, Refinadoras y Estado Nacional" (a 28,5 u$s/bbl) –convenio que fue homologado por resolución 85/2003 de la Secretaría de Energía de la Nación–, en lugar del precio establecido en los contratos de venta a terceros, que es mayor.

Es decir, la Provincia pretende el pago de las regalías de un modo diverso al establecido en normas de neto carácter federal que rigen la materia, a saber: la ley 17.319, los decretos del P.E.N. 1671/69 y 1757/90, la resolución de la Secretaría de Energía de la Nación 155/92, que actúa como autoridad de aplicación, y el citado "Acuerdo de Bases" celebrado con motivo de la sanción de ley 25.561, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, a fin de asegurar la estabilidad de los precios de las naftas y el gas oil en el mercado interno para evitar los aumentos.

Por ello, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la ley local 1926 y su reglamentación, considerando que resulta violatoria de los arts. 17, 18, 19, 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Asimismo, requiere la citación del Estado Nacional como tercero, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por considerar que la controversia le es común, en tanto tiene interés en que ésta se resuelva, por ser la autoridad concedente y de aplicación, por haber conexidad entre la relación jurídica sobre la que versa la presente demanda y la posición de la Secretaría de Energía sustentada en las resoluciones 85/03, 220/03 y 7/03 y, en último término, por verse afectada la política hidrocarburífera nacional.

A fs. 49, V.E. corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– III –

Uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte, prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y reglada por el art. 24, inc. 1. del decreto-ley 1285/58, es cuando una Provincia es parte en una causa y la materia tiene un manifiesto contenido federal.

A mi modo de ver, tal hipótesis se presenta en el *sub lite*. En efecto, si bien en la causa cuya inhibitoria se solicita, la Provincia ejecuta a un particular con fundamento en una norma provincial, se advierte que tal pretensión exige esencial e ineludiblemente determinar, en forma previa, si esa ley local y los actos de las autoridades provinciales que se cuestionan invaden un ámbito de competencia que es propio a la Nación en materia de hidrocarburos, o si tal conducta afecta lo dispuesto en un Acuerdo firmado entre varias provincias, incluida Neuquén, ya que tal circunstancia implica que la causa se encuentre entre las especialmente regidas por la Constitución a las que alude el art. 2, inc. 1°, de la ley 48, ya que versa sobre el preservamiento de las órbitas de competencias entre las provincias argentinas y el Gobierno federal que determina nuestra Ley Fundamental, lo que torna competente a la justicia nacional para entender en ella (Fallos: 310:877; 308:610; 311:919, 1900 y 2154; 313:127; 314:508 y 1076; 315:1479; 322:2624).

Ello es así, puesto que lo medular del planteamiento que se efectúa remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de dichos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la justa solución de la controversia (Fallos: 311:2154, cons. 4°; 314:1076 entre otros).

Asimismo, cabe advertir que la Provincia, en una causa sustancialmente análoga a la de autos N. 231, XXXVI, Originario "Neuquén, Provincia del c/ Tecpetrol s/ cobro de regalías", que actualmente tramita ante el Tribunal, reconoció la competencia originaria de la Corte y este Ministerio Público dictaminó a su favor, el 27 de diciembre de 2000.

Por otra parte, de aceptar V.E. la citación del Estado Nacional como tercero y dado que en el pleito es parte una Provincia, entiendo que la competencia originaria de la Corte también procedería *ratione personae*, puesto que esa sería la única forma de conciliar las prerrogativas jurisdiccionales previstas en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (Fallos: 305:441; 308:2054; 311:2725; 312:389; 313:98; 314:647; 315:158; 322:1043 y 2038; 323:470, 702, 1849 y 3873, entre muchos otros).

Por todo ello, opino que V.E. debe hacer lugar a la inhibitoria solicitada y requerir el envío de los autos. Buenos Aires, 31 de mayo de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que el fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén promovió juicio ejecutivo contra la empresa Tecpetrol S.A. ante los tribunales de la Provincia del Neuquén juicio ejecutivo por cobro de $ 52.252,77 pesos, en concepto de diferencias en el monto de las regalías petroleras liquidadas y pagadas a dicha provincia en el período transcurrido entre el año 2003 y el 2004. Tales diferencias surgen de tomar como base para el cálculo de las regalías, el precio del petróleo a "boca de pozo", en lugar del precio resultante de las "Bases para el Acuerdo entre Productores y Refinadores para la Estabilidad de los Precios del Petróleo Crudo y de las Naftas y el Gas Oil", homologado por la Secretaría de Energía de la Nación mediante la resolución 85 de 2003, concretamente aplicado por la empresa para la liquidación y el pago. La ejecución fue promovida con base en la ley provincial 1926, de 1991, y su decreto reglamentario 2247, de 1996. De conformidad con dichos instrumentos legales la autoridad de aplicación del régimen de policía de los hidrocarburos que dichas normas instituyen es la Secretaría de Energía de la Provincia del Neuquén, organismo que determinará mensualmente el valor boca de pozo que servirá de base para la liquidación y pago del 12% establecido del valor de la producción, en concepto de regalías, y está facultado en caso de falta de pago, para expedir el correspondiente certificado de deuda y perseguir el cobro por la por vía ejecutiva, conforme al art. 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia (confr. arts. 1°, 9° y 12 de la ley citada; y 7° de su decreto reglamentario).

2°) Que la interesada entiende que el asunto así planteado es de la competencia originaria del Tribunal en razón de la materia, por lo que la justicia local debe inhibirse de seguir interviniendo en él. Al respecto señala que las explotaciones por las que se le reclama el pago le fueron concedidas por el Estado Nacional mediante los decretos 42 y 43 de 1991, cuyas copias están agregadas a fs. 27 y 28, en el marco de la ley federal 17.319 y su decreto reglamentario 1671 de 1969.

Afirma que según estas normas federales, que constituyen las bases legales de las concesiones de explotación adjudicadas a su parte, el organismo facultado para determinar, liquidar y perseguir el cobro

de las regalías es la Secretaría de Energía de la Nación y no la de la provincia; pues es aquella y no esta última la parte acreedora de los derechos de explotación. En tal sentido, aclara que el art. 20 del decreto 1671 de 1969 establece que cuando el Estado Nacional opte por percibir las regalías en efectivo, la participación correspondiente a la provincia en cuyo territorio esté la explotación se hará efectiva mediante el pago directo por el concesionario a dicha provincia, que lo recibirá "por cuenta y orden" del Estado Nacional; de modo que los pagos previamente efectuados por Tecpetrol S.A. a la Provincia del Neuquén no constituyeron reconocimiento de la calidad de acreedora en la persona de ésta.

En la misma línea de consideraciones añade que la Secretaría de Energía de la Nación, obrando en el ámbito de las atribuciones que le confiere la ley 17.319, homologó el Acuerdo de Bases, agregado como anexo a la resolución 85 de 2003. Dicho convenio, celebrado a fin de procurar la estabilidad del precio de los combustibles derivados del petróleo, establece para la fijación del valor de venta al público y a efectos del pago de las regalías correspondientes, un valor menor que el valor "boca de pozo" vigente en el mercado. Destaca que su parte liquidó y pagó a la provincia las regalías correspondientes al período 2003/2004 con arreglo a tales normas, de modo que las presuntas diferencias cuyo cobro ejecutivo persigue la autoridad provincial surgen de una liquidación formulada con prescindencia de lo dispuesto al respecto por la autoridad nacional.

En suma, sostiene que el certificado de deuda que sirve de base a la ejecución promovida ante los tribunales provinciales es inhábil en razón de haber sido expedido por la autoridad provincial, incompetente para hacerlo, y que la deuda cuyo pago se le demanda fue determinada al margen de lo dispuesto por la normativa que rige las concesiones de explotación adjudicadas a su parte. Concluye que el caso es de competencia originaria de la Corte Suprema, en razón de la materia, por ser parte una provincia y tratarse de una cuestión regida por los preceptos federales indicados. En tal sentido, invoca el precedente de Fallos: 301: 341 y la causa "Neuquén, Provincia del c/ Tecpetrol S.A. s/ cobro de regalías", suscitada entre las mismas partes en el año 2000, en los que se admitió que la causa era de competencia originaria de la Corte Suprema.

3°) Que la cuestión de tal modo planteada se refiere a la percepción de uno de los recursos financieros previstos en los arts. 228 y 232

de la Constitución de la Provincia del Neuquén, según los cuales todo lo contenido en el subsuelo del territorio provincial pertenece a su jurisdicción y dominio, inclusive las utilidades provenientes de la explotación del petróleo, las que forman parte del haber de la hacienda pública provincial. En tal sentido, cabe señalar que no es posible apegarse estrictamente a lo expresado en el dictamen del Procurador General de la Nación en Fallos: 301:341, con relación a que el carácter local de la materia no puede ser derivado de la situación geográfica del recurso natural en cuestión, sino de la finalidad a que está destinado. Ello es así pues el art. 124 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, establece que los recursos naturales existentes en el territorio de cada provincia pertenecen al dominio "originario" (es decir, *ab initio*) y exclusivo de ésta. En consecuencia, corresponde partir de la premisa de que el título que sirve de base a la ejecución promovida ante los tribunales provinciales (fundado, como se dijo, en el art. 12 de la ley provincial 1296, y el art. 7° y concordantes de su decreto reglamentario), fue expedido a resultas de los actos administrativos dictados por la autoridad local en el procedimiento de determinación de oficio del importe del tributo de cuya ejecución se trata que, evidentemente, es reclamado por la provincia a título de derecho propio mediante una acción autorizada por el ordenamiento local.

4°) Que al respecto cabe tener presente la regla según la cual no corresponde que esta Corte asuma competencia en la causa promovida por una provincia por cobro de tributos o gravámenes o derechos reclamados con arreglo a la ley local, pues la recaudación de sus rentas es función que le incumbe al Estado provincial. Sobre el particular, el principio es que los tribunales nacionales no pueden resolver sobre la validez o inconstitucionalidad de tributos locales cuyo cobro se persigue en juicio de apremio seguido ante la justicia provincial. Ello, sin perjuicio de que esa cuestión sea traída a su conocimiento por el recurso del art. 14 de la ley 48 o por devolución de lo pagado indebidamente (doctrina de Fallos: 95:337; 130:157 y 288, entre otros) ya que, al menos en principio, el juez llamado a conocer de la demanda es necesariamente el de las excepciones que desea oponer el demandado. Si alguna de éstas consistiera en que la ley que se trata de aplicar fuera repugnante a la Constitución Nacional o a las leyes nacionales, el medio legal de traer el caso ante la Corte Suprema es el recurso federal, pues la cuestión exige el tratamiento de instituciones de derecho público local y de los actos administrativos dictados por la autoridad provincial con arreglo a ellos (Fallos: 31:103; 94:421 y 295:150; Gondra, Jorge M: "Jurisdicción Federal". Edición de la Revista de Ju-

risprudencia Argentina. Buenos Aires, 1944; págs. 56 a 59 y 220 y sgtes.).

5°) Que es exacto lo alegado por la interesada en el sentido de que si en el juicio es parte una provincia y en él se discuten derechos predominantemente regidos por leyes federales, la jurisdicción originaria de la Corte Suprema tiene lugar con independencia del carácter de la causa y de la nacionalidad o vecindad de la parte contraria (Fallos: 97:177 y 286:198, dictamen del Procurador General, Enrique Carlos Petracchi). Pero ello no significa que la alegación de defensas, aun verosímiles, fundadas en las leyes federales, constituya por sí sola una razón suficiente para remover la causa de la justicia provincial. Ello equivaldría a suplantar a los jueces de provincia en la interpretación del alcance de las normas locales y en la posibilidad de expedirse sobre su validez constitucional de conformidad con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 308:490 y sus citas). Además, significaría admitir por anticipado la excepción invocada por la demandada según la cual, en las concretas circunstancias del caso, la legislación federal invocada por la demandada tiene carácter predominante sobre la legislación provincial que sirve de base a la ejecución; por lo que para la solución del caso debe prescindirse de esta última ya que el cumplimiento de las obligaciones de la empresa concesionaria y la autoridad para controlarlo dependen exclusivamente de las leyes especiales dictadas por el Congreso Nacional. Para que la causa corresponda a la jurisdicción del fuero federal, la materia federal debe ser la predominante para la solución del caso (Fallos: 313:548; 315:448 y sus citas).

6°) Que a lo expuesto cabe agregar que lo argumentado por la interesada, en el sentido de que lo actuado por la autoridad local con fundamento en las atribuciones previstas en el art. 12 de la ley provincial 1296 constituye tanto un avance indebido sobre las prerrogativas conferidas a la Secretaría de Energía de la Nación por la ley federal 17.319, como una interferencia ilegítima en la política nacional fijada por ésta, resulta insuficiente en el estado actual de la causa para suscitar la competencia originaria del Tribunal (cuya intervención privativa y excluyente erradicaría la ejecución del ámbito de la justicia provincial, paralizándola definitivamente). Las circunstancias reseñadas no evidencian que en el caso esté en juego un interés nacional de relevancia tal como para requerir la tutela inmediata del fuero federal, lo que, por otra parte, también se desprende del hecho de que la autori-

dad nacional referida –cuyas atribuciones, se alega habrían sido afectadas por la actuación de la autoridad provincial cuestionada por la demandada– no ha comparecido ante los tribunales provinciales ni solicitado que se inhiban de entender en el caso. En efecto, la Secretaría de Energía de la Nación no ha formulado manifestación ni actuación alguna en tal sentido, siendo que a ella, precisamente, le compete la protección de los intereses nacionales en la materia, siempre que sean afectados y deban prevalecer, por lo que su mera intervención suscitaría la competencia del fuero federal en razón de la persona; razón por la que tampoco cabe forzarla a comparecer cuando su intervención sea propuesta al mero efecto de suscitar la competencia originaria del Tribunal. Finalmente, cabe señalar que la circunstancia de que esta Corte haya aceptado su competencia originaria en la causa promovida por la Provincia del Neuquén contra la empresa Tecpetrol S.A., promovida en el año 2000 por cobro de regalías, no obliga a proceder análogamente en el presente caso, toda vez que en dicha causa la jurisdicción originaria fue admitida en razón de la persona.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante se resuelve desestimar el pedido de inhibitoria planteado a fs. 39/48 vta. Notifíquese y archívese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda (*en disidencia*) — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Disidencia del señor ministro doctor don Juan Carlos Maqueda

Considerando:

Que de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen que antecede, a cuyas consideraciones corresponde remitirse a fin de evitar repeticiones innecesarias, el proceso en trámite ante la jurisdicción local al que se hace referencia en el escrito a despacho es de la competencia originaria de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

Que no corresponde proveer favorablemente el pedido efectuado por la Provincia del Neuquén a fs. 50/52, pues no cabe reconocerle participación en el planteo de inhibitoria, en la medida en que por su propia naturaleza es una cuestión atinente a los jueces de las causas en trámite.

Por ello, se resuelve: I. Admitir la inhibitoria planteada y, en consecuencia, declarar la competencia originaria para entender en la causa caratulada "Provincia del Neuquén c/ Tecpetrol S.A. s/ cobro ejecutivo" expte. 307.143/4. II. En mérito a lo decidido, y de conformidad con la previsión contenida en el art. 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. III. No hacer lugar a la intervención solicitada.

Notifíquese esta decisión por Secretaría y líbrese el oficio pertinente.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Inhibitoria presentada por **Tecpetrol S.A..** Letrada apoderada: **Dra. Laura Mónica Torres.**
Nombre de la demandada: **Provincia del Neuquén. Fiscal de Estado Raúl M. Gaitán.**
Letrado patrocinante: **Dr. Enrique Paixao.**

JAVIER DANIEL CIUFFO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos que obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones nacionales.

Corresponde a la justicia local conocer en la causa si los presuntos apremios ilegales provinieron de agentes del servicio penitenciario provincial y no se afectaron intereses nacionales.
–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 suscitada entre los titulares del Juzgado Federal y del Juzgado de Instrucción de Primera Nominación del Distrito Sur, ambos de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, se refiere a la causa iniciada con motivo del recurso de hábeas corpus presentado por el interno Javier Daniel Ciuffo, en el que pone en conocimiento del tribunal nacional que fue objeto de malos tratos por parte de un agente del servicio penitenciario provincial.

El juez que previno, tras desestimar la acción de hábeas corpus interpuesta, resolvió extraer testimonios y remitirlos a la justicia local para que investigue la posible comisión de un delito de acción pública (fs. 12/14).

El magistrado provincial, a su turno, declaró su incompetencia para intervenir en el hecho bajo estudio, al considerar que si bien el imputado es un agente provincial, en la conducta que se le reprocha actuó como auxiliar de la justicia de la Nación, en tanto habría afectado a una persona detenida a disposición de un tribunal federal (fs. 24).

Devueltas las actuaciones, el juez nacional rechazó la competencia atribuida. Sostuvo que el hecho a investigar habría provenido de un agente provincial en cumplimiento de funciones no federales, y que la circunstancia de que el detenido se encontrara a disposición de un tribunal nacional no modificaría esa situación, por lo que remitió las actuaciones a su par local (fs. 27), quien insistió en su criterio, tuvo por trabada la contienda y elevó el incidente a la Corte (fs. 31).

Así las cosas, V.E. tiene establecido que si los presuntos apremios ilegales provinieron de agentes del servicio penitenciario provincial, y no se afectaron, en el caso, intereses nacionales, corresponde a la justicia local conocer en ese hecho (Fallos: 325:2111).

Sobre la base de estas consideraciones, opino que corresponde resolver la contienda. Buenos Aires, 15 de noviembre del año 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

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 Instrucción de Primera Nominación del Distrito Judicial Sur de la ciudad de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, al que se le remitirá. Hágase saber al juzgado federal de primera instancia con asiento en la ciudad mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DANIEL ANTONIO SOLER

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

Si no se ha practicado diligencia alguna tendiente a brindar precisión a la denuncia y aportar otros elementos de juicio para determinar el lugar donde fueron cometidos los hechos, dado que la circunstancia de que la presunta víctima ejercería la prostitución camino a La Plata no significa necesariamente que el hecho se hubiera desarrollado en territorio provincial, corresponde al juzgado nacional, que tomó conocimiento de la *notitia criminis*, incorporar los elementos necesarios para darle precisión y resolver, luego, con arreglo a lo que resulte de ese trámite.
–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 trabada entre los titulares del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 1 y del Juzgado de Garantías N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires, se origina con la presentación efectuada por Amanda Cabral, Ministro Consejera Encargada de los Asuntos Consulares de la Embajada de la República Dominicana.

Del relato de los hechos denunciados, efectuado por el representante de este Ministerio Público, surge que Andrés Daniel Fernández, ciudadano dominicano, solicitó en Santo Domingo el traslado de su cónyuge Fabiana Osorio Rosario, en atención a que habría sido traída a nuestro país engañada, y que se encontraría trabajando, contra su voluntad, en un prostíbulo de la ciudad de Tandil, Provincia de Buenos Aires, en el cual le habrían quitado sus documentos y pasaje de regreso.

Por otra parte, se desprende que Daniela Pozo Pérez, de igual nacionalidad, denunció ante la funcionaria mencionada en el epígrafe, que su hermana habría desaparecido en el año 1999 en la Terminal de Omnibus de Retiro, y conforme información suministrada por personas oriundas de su país, estaría ejerciendo la prostitución sometida por un oficial de policía, en un local camino a La Plata.

Asimismo, puso en conocimiento que el padre de su hija, llamado Antonio Soler, la habría obligado a abandonar su casa de la localidad de Deraux, Provincia de Buenos Aires, amenazándola de muerte ante su negativa a prostituirse. Agregó, además, que Soler poseería un prostíbulo en la localidad de Bolívar, también de aquella provincia.

El magistrado nacional resolvió declinar su competencia al entender que todos los hechos bajo estudio habrían ocurrido en jurisdicción extraña a la de su tribunal (fs. 3).

El magistrado de La Plata, a su turno, rechazó la competencia atribuida respecto del hecho del que habría resultado víctima la hermana de Pozo Pérez, por considerarla prematura. Sostuvo, en este

sentido, que los elementos obrantes en autos no son suficientes para demostrar que el hecho en cuestión se haya perfeccionado dentro de su ámbito territorial (fs. 12).

Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, su titular mantuvo la postura sustentada, tuvo por trabada la contienda y elevó las actuaciones a la Corte (fs. 13).

A mi modo de ver, asiste razón al magistrado local en el sentido de que la declinatoria de la justicia nacional carece de la necesaria investigación que debe preceder a toda cuestión de competencia para discernir, en consecuencia, el tribunal al que corresponde investigar los hechos.

En este sentido, advierto que no se ha practicado diligencia alguna tendiente a brindar precisión a la denuncia y aportar otros elementos de juicio para determinar el lugar donde fueron cometidos los hechos, dado que la circunstancia de que la presunta víctima ejercería la prostitución en un local camino a La Plata, no significa necesariamente que el hecho se hubiera desarrollado en territorio provincial.

Sobre la base de estas consideraciones, y de acuerdo al criterio establecido en Fallos: 306:926, 1272, 1997; 311:528; 323:1808 y 324:2331, entre muchos otros, opino que corresponde al juzgado nacional, que tomó conocimiento de la *notitia criminis*, incorporar los elementos necesarios para darle precisión, y resolver, luego, con arreglo a lo que resulte de ese trámite (Fallos: 301:662; 306:1272; 311:528; 318:182 y 323:1808 y Competencia N° 1505, XXXIX, *in re* "Olivetto s/ denuncia" resuelta el 18 de diciembre de 2003). Buenos Aires, 29 de diciembre del año 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

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 presente causa el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 1, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

O.S. FEDECAMARAS v. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

Con arreglo al art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, las cuestiones de competencia suscitadas entre magistrados nacionales de primera instancia deben ser resueltas por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 59, la titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 declaró su incompetencia para entender en las actuaciones y dispuso remitirlas a la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal.

Por su parte, el titular del Juzgado N° 8 de ese fuero, también se inhibió para conocer en el *sub lite* y atribuyó la competencia a la Justicia Federal de la Seguridad Social (v. fs. 67).

A fs. 77/79, la magistrada a cargo del Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 6 tampoco aceptó su competencia y devolvió la causa al juez remitente.

– II –

Ante todo, cabe señalar que la titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 ha quedado fuera de la contienda de competencia, pues éste se trabó, en definitiva, entre los dos últimos magistrados que intervinieron en la causa, que se la atribuyeron recíprocamente, requisito indispensable para su correcto planteamiento (Fallos: 317:916; 318:1834, entre otros).

En tales condiciones, considero que en autos no se presenta una cuestión que V.E. deba resolver, toda vez que cuando la contienda se suscita entre jueces nacionales de primera instancia –tal como sucede en el caso– su solución corresponde a la cámara de la que dependa el juez que primero hubiese conocido (art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58 y Fallos: 303:206; 304:169) y, por aplicación de dicho principio, en el *sub lite* aquélla debe ser resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (conf. sentencia del 10 de diciembre de 1997, en la causa, *in re*, Comp. 622, L. XXXIII, "Costadoni, Héctor c/ Correas, Alejandro Carlos y otros s/ incumplimiento de contrato").

– III –

Por ello, opino que corresponde enviar los autos a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, a sus efectos. Buenos Aires, 29 de diciembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que los titulares de los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, en lo Civil y

Comercial Federal N° 8 y del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 6, intervinientes en forma sucesiva, han declarado su incompetencia para conocer en estas actuaciones (fs. 59, 63/64 y 77/79 respectivamente).

2°) Que, con arreglo al art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, las cuestiones de competencia suscitadas entre magistrados nacionales de primera instancia, deben ser resueltas "por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido".

3°) Que, en consecuencia, no incumbe a esta Corte dirimir la controversia sino a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que es el tribunal de alzada del juzgado que previno, según los términos de la directiva legal.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, remítanse las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a los fines indicados.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRO DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que este Tribunal comparte las consideraciones expuestas por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen de fs. 84, a las que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, remítanse los autos a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal a los fines indicados.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

ALDO AMERICO DE PAULI v. SOMISA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Principios generales.

La oportunidad para plantear cuestiones de competencia reconoce la limitación establecida por expresas disposiciones procesales pues, no obstante el carácter de orden público de las normas que la reglan, la misma condición tienen los preceptos tendientes a lograr la pronta terminación de los procesos, en tanto no se opongan a ello principios fundamentales que pudieran impedirlo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Principios generales.

Las causas en las que ha recaído un acto jurisdiccional –ya sea que se encuentre firme o no o que dé por terminado el proceso por alguna de las formas de extinción previstas en la ley– deben continuar su trámite hasta finiquitar el pleito ante el fuero que lo dictó.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Principios generales.

La circunstancia de que todo el proceso haya tramitado ante la justicia provincial donde ya se dictó sentencia sobre el fondo del asunto obstaba a que el tribunal local se desprendiera de las actuaciones al resolver una cuestión incidental en el procedimiento de ejecución de sentencia, máxime cuando la actora desistió de los planteos que habría efectuado con relación a la legislación de emergencia.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 16/21, el Tribunal del Trabajo N° 1 de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, se declaró incompetente para continuar con el trámite de las actuaciones, en las cuales ya culminó la etapa de conocimiento, con fundamento en lo dispuesto por el art. 1° de la ley local 12.871. Para así decidir, sostuvo que dicha norma asigna competencia a la justicia federal para entender en los procesos comprendidos en el art. 1° de la ley nacional 25.587 y consideró que ese fuero debe resol-

ver el diferendo de que se trata, aun cuando la incidencia ocurrió en otro proceso sujeto a la potestad de los jueces provinciales y respecto de una relación jurídica regida por el derecho común. Añadió que en autos se han cuestionado las obligaciones impuestas por la ley 25.561, que se refiere a la política económica y monetaria del país y fue dictada en el marco de una situación de emergencia económica, además de establecer expresamente la competencia de la justicia federal (art. 116 de la Constitución Nacional).

– II –

A su turno, el titular del Juzgado Federal N° 1 de esa ciudad también se declaró incompetente, al considerar que lo dispuesto por el art. 1° de la ley provincial 12.987 [*rectius* 12.871] (conforme con los arts. 1° y 6° de la ley nacional 25.587), se refiere a aquellos casos en los cuales alguna de las partes cuestiona la legislación de emergencia a la que alude (ley 25.561 y sus normas reglamentarias y complementarias), pero no a aquellos en los que las partes aceptan pacíficamente su aplicación, tal como ocurre en la especie, pues la interpretación contraria importaría una modificación indebida de la estructura de competencias determinada por los arts. 75, inc. 12, y 116 de la Constitución Nacional. Concluyó que, al haber desistido la actora de los planteos efectuados al respecto, desapareció el motivo que originó la declaración de incompetencia del tribunal local y, por lo tanto, ordenó devolver las actuaciones (v. fs. 27).

Con la insistencia de los magistrados a fs. 28 y 29, quedó configurado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a V.E., en los términos del art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– III –

En tales condiciones, cabe señalar que el Tribunal del Trabajo N° 1 de San Nicolás no se encontraba habilitado para examinar la competencia del fuero.

En primer término, porque la oportunidad para plantear cuestiones de competencia reconoce la limitación establecida por expresas disposiciones procesales pues, no obstante el carácter de orden público de las normas que la reglan, la misma condición tienen los preceptos tendientes a lograr la pronta terminación de los procesos, en tanto

no se opongan a ello principios fundamentales que pudieran impedirlo. En segundo lugar, por cuanto las causas en las que ha recaído un acto jurisdiccional –ya sea que se encuentre firme o no, o que dé por terminado el proceso por alguna de las formas de extinción previstas en la ley– deben continuar su trámite hasta finiquitar el pleito ante el fuero que lo dictó (v. sentencia de V.E. del 23 de marzo de 2004, *in re* Comp. 1952, L.XXXIX, "Aguirre, Carlos Luis c/ PEN Ley 25.561 Dtos. 1570/01 y 214/02 s/ proceso de conocimiento").

Esto es lo que sucede en el caso, pues todo el proceso tramitó ante la justicia provincial donde ya se dictó sentencia sobre el fondo del asunto (v. manifestaciones de fs. 16 vta.), circunstancia que obstaba a que el tribunal local se desprendiera de las actuaciones al resolver una cuestión incidental en el procedimiento de ejecución de sentencia, máxime cuando la actora desistió de los planteos que habría efectuado con relación a la legislación de emergencia (v. escrito de fs. 26).

– IV –

Por ello, opino que las presentes actuaciones deben continuar su trámite ante la justicia provincial. Buenos Aires, 22 de febrero de 2005. *Esteban Righi.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Tribunal del Trabajo N° 1 de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán.

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

OSCAR ALFREDO ELSERSER Y OTRO V. OSEPJANA S.R.L.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Al haber sido demandada una obra social por incumplimiento de las prestaciones médico asistenciales, resulta de aplicación lo previsto por el art. 38 de la ley 23.661, que prevé el sometimiento exclusivo de esos agentes a la jurisdicción federal, salvo que desempeñen un rol activo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Surge de las actuaciones que los actores –Oscar Alfredo Elserser y Felix Domingo Gomez– promovieron acción de amparo por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 de la localidad de Campana, Provincia de Buenos Aires, en su carácter de afiliados a OSEPJANA S.R.L., con el objeto que dicha institución cumpla con las prestaciones a su cargo en el marco de las leyes N° 23.360 y 23.661. Fundaron su reclamo en lo normado por la ley 7.166; Constitución Provincial y Nacional; y en el art. 321 del Código de rito local.

A fojas 38/9 dicho magistrado provincial se declaró incompetente para entender en el juicio con fundamento en que la demanda se dirige contra una obra social (art. 1°, inciso h, de la ley 23.660 y 23.661).

Por su lado, el Juzgado Federal N° 1, de dicha localidad, resistió la radicación de la causa con base en que los amparistas pretenden atacar actos propios de una obra social ejercidos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, circunstancia ésta, que, según arguyó, habilitaría al fuero contencioso administrativo para conocer en el presente proceso (fs. 42). Empero, el Titular del Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 provincial, con fundamento en que no se dan los extremos exigidos por los artículos 166, párrafo quinto, de la Ley Suprema Provincial, y 1°, 2° y 4° del Código Contencioso Administrativo Local, ordenó la remisión de la causa al juez previniente a fin que la envíe a la

Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dirima la contienda de competencia planteada (fs. 44/5).

– II –

Toda vez que los tribunales en conflicto carecen de un superior común para dirimir la contienda corresponde intervenir a V.E. de conformidad con lo dispuesto por el art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– III –

Cabe señalar, que al haber sido demandada en autos una Obra Social por incumplimiento de las prestaciones médico asistenciales, resulta de aplicación lo previsto por el artículo 38 de la ley 23.661, que prevé el sometimiento exclusivo de esos agentes a la jurisdicción federal, salvo que desempeñen un rol activo.

En esas condiciones, opino que es de aplicación la doctrina coincidente sentada por V. E. en Fallos: 315: 2295; Comp. N° 138, L. XXIV, "Talarico, Manuela c/ Clínica Privada Banfield y otro s/ responsabilidad médica"; y, más recientemente, en Fallos: 320:1328, a cuyos términos y consideraciones cabe remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad.

Por ello, estimo que corresponde declarar la competencia del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de Campana, Provincia de Buenos Aires, para continuar entendiendo en la causa. Buenos Aires, 4 de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las

actuaciones el Juzgado Federal de Primera Instancia de Campana, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 y al Juzgado Contencioso Administrativo N° 1, ambos del Departamento Judicial de Zárate-Campana, Provincia de Buenos Aires.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

MARIA DEL CARMEN SANCHEZ v. ANSeS

JUBILACION Y PENSION.

El régimen establecido por el art. 53 de la ley 18.037 no fue derogado por la ley 23.928.

JUBILACION Y PENSION.

Si se admitiera por vía de hipótesis la existencia de alguna duda sobre si la ley 23.928 hubiera derogado la movilidad de los haberes reglamentada por el art. 53 de la ley 18.037, correspondería resolver la cuestión negativamente por aplicación del principio *in dubio pro justitia socialis*, el cual posee rango constitucional.

JUBILACION Y PENSION.

Si se admitiera que la ley 23.928 derogó el art. 53 de la ley 18.037, al haberse dejado sin efecto la norma reglamentaria del derecho constitucional a la movilidad sin establecer una regulación sustitutiva, la situación resulta equivalente al supuesto en que se modifica un régimen jubilatorio por otro que es declarado inconstitucional, caso en que se considera razonable aplicar aquél en cuyo amparo se obtuvo el beneficio.

JUBILACION Y PENSION.

Corresponde ratificar los principios básicos de interpretación acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechazar toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar “jubilaciones y pensiones móviles”, según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en la materia.

JUBILACION Y PENSION.

Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar los principios básicos de interpretación acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos.

JUBILACION Y PENSION.

La Constitución Nacional exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles, aunque no establece un sistema o mecanismo especial para hacer efectiva dicha exigencia, por lo que es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de esa garantía teniendo en cuenta la protección especial que ha otorgado la Ley Fundamental al conjunto de los derechos sociales.

JUBILACION Y PENSION.

Una inteligencia sistemática de las cláusulas de la Ley Fundamental acorde con los grandes objetivos de justicia social que persigue el art. 14 bis, obsta a una conclusión que, a la postre, convalide un despojo a los pasivos privando al haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral.

JUBILACION Y PENSION.

La necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio.

JUBILACION Y PENSION.

Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil –dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna– encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad.

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

Los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).

TRATADOS INTERNACIONALES.

La consideración de los recursos disponibles de cada Estado –arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (art. 29 de la convención citada).

JUBILACION Y PENSION.

La ley 18.037 se hallaba plenamente vigente a la fecha de la sanción de la ley 23.928 y sólo fue derogada por la ley 24.241, de creación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, con el límite fijado en su art. 160, que mantenía las fórmulas de movilidad de las prestaciones reguladas por leyes anteriores.

JUBILACION Y PENSION.

No surge ni expresa ni tácitamente del régimen de convertibilidad que haya tenido en miras modificar la reglamentación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que una comprensión sistemática y dinámica del ordenamiento jurídico aplicable no admite otra solución que no sea el cabal cumplimiento del método específico de movilidad establecido por el legislador.

JUBILACION Y PENSION.

Dado que las remuneraciones de los activos no han sido alcanzadas por la ley de convertibilidad y registraron, en general, variables significativas después de su sanción, no existe fundamento válido que justifique retacear los ajustes que debían ser trasladados a los haberes de los jubilados en la forma prevista por el art. 53 de la ley 18.037, que fue mantenida por el art. 160 de la ley 24.241 para las prestaciones otorgadas o que correspondiera otorgar por aquel régimen previsional, hasta su derogación por la ley 24.463.

CORTE SUPREMA.

Si bien la Corte Suprema no puede apartarse, en principio, de su doctrina, ello es así en cuanto no concurran causas suficientemente graves como para hacer in-

eludible tal cambio de criterio (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

La ley 23.928, en ninguna de sus cláusulas dispuso que el art. 53 de la ley 18.037 era derogado, y si se tiene en cuenta que el referido artículo establecía el régimen general de movilidad de las jubilaciones, como reglamentación de la garantía establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, es forzado suponer que el Congreso lo derogara sin referirse de manera expresa a él y sin sustituirlo simultáneamente por otro régimen (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

LEY: Derogación.

La derogación de normas de relevancia no puede ser un efecto lateral de la ley, que se mantiene latente hasta que es planteado por un sujeto interesado en una causa judicial, sino que debe constituir el objeto principal de la decisión del Congreso; es una exigencia directamente vinculada con el funcionamiento del sistema democrático la de que el universo de intereses afectados por las leyes sea el tomado en cuenta en el proceso deliberativo previo y no el que pueda resultar de un mecanismo intelectual posterior a cargo de jueces y técnicos (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

LEY: Derogación.

La prudencia interpretativa en el caso de la derogación de normas es especialmente requerida cuando se trata de aplicar leyes previsionales en perjuicio de las personas que ellas buscan proteger, siempre que tales normas admitan un criterio amplio de interpretación, y con mayor razón debe extremarse la cautela cuando la ley en cuestión, como la 23.928, es de carácter general y la interpretación criticada no es una que pueda asignarse sin esfuerzo a la voluntad legislativa (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

LEY: Derogación.

Lo que sí derogó la ley de convertibilidad de manera expresa fueron aquellas normas legales o reglamentarias que autorizaban la indexación de las deudas, que consistía en la aplicación de ciertos índices sobre el monto nominal de las obligaciones para contrarrestar el efecto de la inflación ocurrida entre el momento de su nacimiento y el de su pago, pero el art. 53 de la ley 18.037 no era una cláusula indexatoria, pues no estaba limitada a compensar el efecto de la inflación sino a regular los incrementos en el haber jubilatorio cualquiera fuese la razón que determinara el aumento de los salarios, sea o no la inflación (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

Como surge de expresiones volcadas en la sesión parlamentaria que precedió a la sanción de la ley 23.928, la derogación genérica contenida en el art. 10 no implicaba un congelamiento salarial pues el único motivo para incrementar los salarios en una economía no es la inflación, por lo tanto tampoco podía serlo para aumentar las jubilaciones, y menos aún en el marco de un sistema como el creado por la ley 18.037 que respondía al fin de reconocer un ingreso pasivo que representara en alguna proporción el ingreso salarial activo (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

El art. 53 de la ley 18.037 era neutro respecto de los mecanismos indexatorios que pudieran o no aplicarse sobre los salarios y no incorporaba ninguna forma especial de actualización contra-inflacionaria que pudiera entenderse alcanzada por la derogación genérica de la ley 23.928 (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

Bajo el régimen de la ley 18.037, las jubilaciones respondían a la idea central de otorgar a las personas que se retiraban una prestación que les permitiese mantener un nivel de vida semejante al que correspondía a quienes se encontraban en actividad, y con este fin, el sistema contemplaba un haber jubilatorio que, de inicio, guardaba una cierta proporción con el salario (art. 49) y en lo sucesivo seguía los aumentos salariales conforme a un determinado criterio de movilidad que era el establecido en el art. 53 de la ley (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

Si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), uno de los instrumentos mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

Los beneficios derivados de los regímenes previsionales no son de naturaleza graciable y, en consecuencia, el reconocimiento de aquéllos impide que con posterioridad a su concesión puedan dejarse sin efecto ya que constituyen un derecho del que no se puede ser desposeído y a partir del cual se accede al estatus de jubilado (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Los beneficios previsionales se asimilan al derecho alimentario ya que tienden a la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se hacen manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

En armonía con el art. 14 bis de la Constitución Nacional ha sido reconocida la naturaleza sustitutiva que cabe asignar al haber previsional concedido, considerando que la jubilación constituye la prolongación de la remuneración, después del cese regular y definitivo en la actividad social laboral del individuo como débito de la comunidad por el servicio prestado, y tal concepción se inserta en el objetivo preeminente de la Constitución Nacional de lograr el bienestar general, cuya expresión más acabada es la justicia social (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

El carácter alimentario de todo beneficio previsional, que tiende a cubrir las primeras necesidades de los beneficiarios y su reconocida naturaleza de subsistencia, obliga a sostener el "principio de favorabilidad" y a rechazar toda fundamentación restrictiva (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Seguridad social.

Es indudable que el mandato constitucional del art. 14 bis de la Constitución Nacional se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer en la legislación infraconstitucional los criterios que se estimen adecuados a la realidad para determinar los haberes previsionales y los respectivos sistemas de movilidad, ello sin perjuicio de que los cambios circunstanciales puedan hacer que la solución legal, correcta en un comienzo, se torne irrazonable (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

El principio básico que sustenta el sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, entendiendo dicha relación como parámetro razonable para conjugar la naturaleza del haber previsional, los fines que persigue su reconocimiento y el establecimiento de una razonable reglamentación de la materia (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Las exigencias de una conveniente adaptación de la prestación jubilatoria han de considerarse cumplidas, en principio, cuando a través de su haber actualizado el jubilado conserva una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber continuado en actividad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Las jubilaciones y pensiones acordadas constituyen verdaderos derechos que se incorporan al patrimonio y no pueden ser desconocidos, suprimidos ni alterados –salvo por causas sobrevinientes previstas previamente en la ley–, sino sólo reducido o rebajado su monto para el futuro, cuando median para ello razones de orden público o de beneficio general y en tanto la reducción no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Corresponde reconocer la facultad legislativa para elegir el régimen tendiente a lograr la movilidad de las prestaciones previsionales y adoptar medios idóneos a fin de cumplir con el deber de asegurar los beneficios, pero dejar a salvo el posterior control jurisdiccional destinado a asegurar la fundamental razonabilidad de esos actos y a impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

El contenido de la garantía de movilidad no se aviene con disposiciones que establecen la inmovilidad absoluta de los beneficios por un término incierto, ni con aquellas en que el mecanismo de movilidad se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o de injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

Los derechos constitucionales tienen un contenido que lo proporciona la propia Constitución ya que de lo contrario debería admitirse que ella enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

REGLAMENTACION DE LOS DERECHOS.

Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

En el orden constitucional argentino las consignas a partir de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional se profundizan con lo establecido en el inc. 23 de la citada norma, ya que el constituyente de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales y, en particular respecto de los ancianos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

El art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en la materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Los beneficios jubilatorios, una vez acordados legítimamente, tienen el carácter de derecho adquirido y, después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación, los ampara la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Los elementos constitutivos del status jubilatorio, resultante de la situación del agente al momento del cese, deben ser mantenidos para evitar que se opere en los hechos una retrogradación por obra de modificaciones reglamentarias que alteren las condiciones existentes al conceder el beneficio (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Deben ser descalificados aquellos criterios de movilidad que importen un desequilibrio en la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación de jubilado y la que resultaría de seguir el beneficiario en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatorio, violando la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

La movilidad no presupone únicamente una necesaria actualización monetaria frente al deterioro que produce un proceso inflacionario, sino un ajuste periódico que, sin congelamiento del haber, y aunque no haya inflación, mantenga al jubilado en una situación de permanente relación proporcionalmente razonable entre pasividad y actividad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Toda prohibición legal de indexación –como la que impuso en 1991 la ley 23.928– no alcanza para impedir que, de acuerdo con la Constitución, el haber de las prestaciones siga sometido a movilidad, porque aunque no haya inflación, debe siempre reflejar la necesaria proporción razonable con el haber de actividad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

El principio de no aplicación retroactiva en materia de movilidad del que da cuenta el art. 160 de la ley 24.241 se mantuvo vigente hasta la sanción de la ley 24.463, que al disponer su derogación lo hizo para el futuro, sin asignarle a la misma efecto retroactivo (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

La disposición del art. 7°, inc. 1, ap. b, de la ley 24.463 debe ser interpretada evitando producir una confrontación con lo reglado en los arts. 10, inc. 1°, y 11, inc. 1°, del mismo cuerpo legal y, por otro lado, con lo dispuesto en la ley 24.241 (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los haberes previsionales, el sentido del principio de movilidad y la doctrina acerca del carácter de derecho adquirido que tienen los beneficios jubilatorios una vez acordados legítimamente, debe concluirse que para el período 1991/1995 el criterio de movilidad aplicable es aquel que surge de la ley 18.037 (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Al tiempo de dictarse la ley 24.241 ya se encontraba vigente la ley 23.928, no obstante lo cual la voluntad de legislador fue mantener el principio de movilidad y, en su caso, los sistemas vigentes a aquella época para los beneficios ya acordados (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

No es adecuado identificar la actualización monetaria con el principio de movilidad, ya que las variables que integran la determinación de este último están sustentadas en la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, lo que no puede desprenderse del principio de dignidad del haber previsional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

JUBILACION Y PENSION.

Otorgar al haber de pasividad la condición de prolongación de la remuneración y establecer su relación directa con el reconocimiento de los servicios prestados a la sociedad, hacen del principio de movilidad una variable de cualificación para que aquél alcance el objetivo para el que fue dispuesto (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

La admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Seguridad social.

El art. 14 bis de la Constitución Nacional reconoce el derecho a la movilidad de las jubilaciones sin fijar pauta alguna al efecto, lo cual significa que ha dejado librado a la prudencia del legislador establecer las condiciones en que aquél se hará efectivo, pero tal derecho no puede ser desvirtuado ni alterado por las normas regulatorias pertinentes, pues está en juego el cumplimiento de una disposición constitucional en función de una normativa que debe ser razonable y que no puede desconocer el derecho reglamentado (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Seguridad social.

El contenido de la garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional no se aviene con disposiciones que establecen la inmovilidad absoluta de los beneficios por un término incierto (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

JUBILACION Y PENSION.

El monto de los haberes debe ser acorde con el carácter sustitutivo que deben mantener las prestaciones, pero esta adecuación no puede prescindir de las concretas posibilidades financieras del sistema (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

JUBILACION Y PENSION.

El art. 53 de la ley 18.037 ha sido derogado por el art. 7°, inc. 1°, ap. b) de la ley 24.463 (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

JUBILACION Y PENSION.

La finalidad del art. 7°, inc. 1°, ap. b) de la ley 24.463 ha sido unificar, para el período comprendido entre el 1° de abril de 1991 y la fecha de promulgación de la norma, el sistema de movilidad de las prestaciones correspondientes a todos los regímenes jubilatorios mediante un procedimiento de delegación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios".

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó las pautas establecidas por el fallo de primera instancia para la movilidad de los haberes y desestimó los planteos de inconstitucionalidad formulados por la actora, las partes dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 de la ley 24.463.

2°) Que los planteos de la demandante que se refieren a que la entrada en vigencia de la ley 23.928 no afectó la movilidad establecida por la ley 18.037, suscitan la consideración de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas en las disidencias de los jueces Petracchi, Belluscio, Bossert y Fayt en el precedente publicado en Fallos: 319:3241 ("Chocobar"), a cuyas consideraciones corresponde remitirse por razón de brevedad.

3°) Que, sin perjuicio de ello, resulta pertinente agregar que esta Corte ratifica los principios básicos de interpretación sentados acerca

de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar "jubilaciones y pensiones móviles", según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos.

4°) Que la Constitución Nacional exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles, aunque no establece un sistema o mecanismo especial para hacer efectiva dicha exigencia, por lo que es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de esa garantía teniendo en cuenta la protección especial que ha otorgado la Ley Fundamental al conjunto de los derechos sociales. Una inteligencia sistemática de sus cláusulas acorde con los grandes objetivos de justicia social que persigue el art. 14 bis, obsta a una conclusión que, a la postre, convalide un despojo a los pasivos privando al haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral.

5°) Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil –dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna– encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad.

6°) Que los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno estable-

cido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22). La consideración de los recursos disponibles de cada Estado –conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria.

7°) Que la ley 18.037 se hallaba plenamente vigente a la fecha de la sanción de la referida ley 23.928 y sólo fue derogada por la ley 24.241, de creación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, con el límite fijado en su art. 160, que mantenía las fórmulas de movilidad de las prestaciones reguladas por leyes anteriores. No surge ni expresa ni tácitamente del régimen de convertibilidad que haya tenido en miras modificar la reglamentación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que esta Corte considera que una comprensión sistemática y dinámica del ordenamiento jurídico aplicable no admite otra solución que no sea el cabal cumplimiento del método específico de movilidad establecido por el legislador.

8°) Que por ser ello así y dado que las remuneraciones de los activos no han sido alcanzadas por la ley de convertibilidad y registraron, en general, variables significativas después de su sanción, no existe fundamento válido que justifique retacear los ajustes que debían ser trasladados a los haberes de los jubilados en la forma prevista por el art. 53 de la ley 18.037, que fue mantenida por el art. 160 de la ley 24.241 para las prestaciones otorgadas o que correspondiera otorgar por aquel régimen previsional, hasta su derogación por la ley 24.463.

9°) Que por tales razones y las demás expresadas en las disidencias de los jueces Petracchi, Belluscio, Bossert y Fayt en la referida causa “Chocobar, Sixto Celestino”, corresponde revocar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios y mantener el ajuste por movilidad hasta el 30 de marzo de 1995 según las variaciones regis-

tradas en el índice del nivel general de remuneraciones a que remitía el art. 53 de la ley 18.037, criterio que hace innecesario expedirse sobre la tacha de inconstitucionalidad formulada por la recurrente contra la ley 23.928, pues no resulta de aplicación al tema debatido.

Por ello y por no haber expresado la demandada agravios en tiempo y forma, el Tribunal –por mayoría– resuelve: Declarar desierto el recurso de la ANSeS y hacer lugar al de la actora; en consecuencia, revocar la sentencia con el alcance que surge de lo precedentemente expresado y disponer que se mantenga el ajuste por movilidad hasta el 30 de marzo de 1995, según las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La Sra. Sánchez inició una demanda con el objeto de impugnar el reajuste de su haber de pensión.

La Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, al confirmar el fallo de primera instancia, determinó que correspondía la aplicación al caso del criterio que dejara establecido esta Corte en el fallo “Chocobar”, publicado en Fallos: 319:3241.

Contra esta decisión, las partes dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos.

2°) En su memorial, la demandante sostiene que la Ley de Convertibilidad 23.928 resulta confiscatoria y por ende inconstitucional, siempre y cuando se le otorgue la interpretación sentada en el referido precedente “Chocobar” (fojas 221/223). En apoyo de esta preten-

sión, aduce que el efecto derogatorio de la pauta de movilidad de la ley 18.037 produjo un detrimento superior al diez por ciento en el monto de su prestación.

La parte demandada no contestó el traslado que se le confiriera del escrito precitado.

3°) El argumento central en que se apoyó la sentencia "Chocobar" presenta falencias de tal magnitud que hacen imposible a esta Corte mantenerlo aun cuando es perfectamente consciente de que su abandono afecta la continuidad que deben tener las reglas afirmadas en los precedentes del Tribunal. De todas maneras, se configura en el caso la salvedad que siempre acompañó, en la jurisprudencia de la Corte, la formulación de la regla en favor de la autoridad de los precedentes. En efecto, si bien se admitió que el Tribunal no puede apartarse, en principio, de su doctrina, ello es así en cuanto no concurran causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio (argumento de Fallos: 183:409).

4°) El fallo "Chocobar" descansa en la sola premisa de que la ley de convertibilidad 23.928 derogó el artículo 53 de la ley 18.037. Todo el resto de la argumentación estuvo dirigido a explicar por qué esa derogación no afectaba derechos adquiridos de los jubilados y cómo se articulaba con leyes dictadas posteriormente.

El fundamento no puede ser aceptado por la simple razón de que la ley 23.928, en ninguna de sus cláusulas dispuso que el art. 53 de la ley 18.037 era derogado. Si se tiene en cuenta que el referido artículo establecía el régimen general de movilidad de las jubilaciones, como reglamentación de la garantía establecida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, es forzado suponer que el Congreso lo derogara sin referirse de manera expresa a él y sin sustituirlo simultáneamente por otro régimen.

La derogación de normas de esta relevancia no puede ser un efecto lateral de la ley, que se mantiene latente hasta que es planteado por un sujeto interesado en una causa judicial, sino que debe constituir el objeto principal de la decisión del Congreso. Es una exigencia directamente vinculada con el funcionamiento del sistema democrático la de que el universo de intereses afectados por las leyes sea el tomado en cuenta en el proceso deliberativo previo y no el que pueda resultar de

un mecanismo intelectual posterior a cargo de jueces y técnicos. En particular, cuando no se trata de cláusulas legales oscuras o aparentemente contradictorias cuyo recto alcance sea necesario establecer para dar cumplimiento a los fines que se ha propuesto el Congreso.

5°) Tal prudencia interpretativa ha sido especialmente requerida por esta Corte cuando se trata de aplicar leyes previsionales en perjuicio de las personas que ellas buscan proteger, siempre que tales normas admitan un criterio amplio de interpretación (doctrina de Fallos: 240:174; 273:297, entre otros). Con mayor razón debe extremarse la cautela cuando la ley en cuestión, como es el caso de la ley 23.928, es de carácter general y la interpretación criticada no es una que pueda asignarse sin esfuerzo a la voluntad legislativa.

Lo que sí derogó la ley de convertibilidad de manera expresa fueron aquellas normas legales o reglamentarias que autorizaban la indexación de las deudas. La indexación consistía en la aplicación de ciertos índices sobre el monto nominal de las obligaciones para contrarrestar el efecto de la inflación ocurrida entre el momento de su nacimiento y el de su pago. Pero, el artículo 53 de la ley 18.037 no era una cláusula indexatoria, pues no estaba limitada a compensar el efecto de la inflación sino a regular los incrementos en el haber jubilatorio cualquiera fuese la razón que determinara el aumento de los salarios, sea o no la inflación. Y, como surge de expresiones volcadas en la sesión parlamentaria que precedió a la sanción de la ley 23.928, la derogación genérica contenida en el artículo 10 no implicaba un congelamiento salarial, pues, cabe agregar, el único motivo para incrementar los salarios en una economía no es la inflación. Por lo tanto tampoco podía serlo para aumentar las jubilaciones. Menos aún, en el marco de un sistema como el creado por la ley 18.037 que respondía al fin de reconocer un ingreso pasivo que representara en alguna proporción el ingreso salarial activo.

Desde esta perspectiva, el artículo 53 de la ley 18.037 era neutro respecto de los mecanismos indexatorios que pudieran o no aplicarse sobre los salarios y no incorporaba ninguna forma especial de actualización contra–inflacionaria que pudiera entenderse alcanzada por la derogación genérica de la ley 23.928.

6°) Como se ha señalado precedentemente, bajo el régimen de la ley 18.037, las jubilaciones respondían a la idea central de otorgar a

las personas que se retiraban una prestación que les permitiese mantener un nivel de vida semejante al que correspondía a quienes se encontraban en actividad. Con este fin, el sistema contemplaba un haber jubilatorio que, de inicio, guardaba una cierta proporción con el salario (artículo 49) y en lo sucesivo seguía los aumentos salariales conforme a un determinado criterio de movilidad que era el establecido en el artículo 53 de la ley. Por esta razón, tampoco cabe asignar a las jubilaciones que se pagaban bajo la ley 18.037 el carácter de una deuda con monto determinado cuyo valor nominal variaba conforme a ciertos índices al solo efecto de contrarrestar el impacto de la inflación, a los que se refiere el artículo 10 de la ley 23.928. Todo ello, sin perjuicio de la mayor o menor conveniencia u oportunidad del esquema organizado por la ley 18.037, aspecto este que no puede servir de base a los tribunales para darle a las leyes un sentido distinto al que surge de su texto y sus fines manifiestos.

7°) En otro orden de cosas, cabe destacar que si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), uno de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria. Semejante interpretación, seguida en el voto mayoritario del fallo “Chocobar”, se encuentra expresamente vedada por la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 29.b) que impide aplicar la Convención en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

En tal sentido la CIDH ha manifestado que el artículo 29 de la Convención contiene normas específicas de interpretación, pues la redacción de la mencionada disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados en particular a aquellos previamente reconocidos por un estado (OC.-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A N° 4, párrafo 20).

Por ello, y por no haber expresado la demandada agravios en tiempo y forma, se resuelve: declarar desierto el recurso de la ANSeS y hacer

lugar al de la actora; en consecuencia, revocar la sentencia con el alcance que surge de lo precedentemente expresado, en cuanto confirmó la aplicación del criterio sentado en la causa "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos sobre reajustes por movilidad". Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó las pautas establecidas por el fallo de primera instancia para la movilidad de los haberes y desestimó los planteos de inconstitucionalidad formulados por la actora, las partes dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 de la ley 24.463. Sólo corresponde tratar el recurso de la actora, pues la demandada no ha expresado agravios en tiempo y forma.

2°) Que las diferencias existentes entre la solución dada por la mayoría y la minoría en la causa "Chocobar, Sixto Celestino" (Fallos: 319:3241) conducen a esta Corte a un nuevo examen exhaustivo de las cuestiones fundamentales allí planteadas, con el fin de reformular la relación armónica entre la interpretación de normas y principios constitucionales y una interpretación adecuada y razonable de las normas infraconstitucionales aplicables al caso, superando las confrontaciones que a la fecha puedan subsistir.

3°) Que, para abordar las cuestiones *sub examine* es oportuno recordar que esta Corte ha sostenido que "el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, adoptan una 'Constitución rígida', consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa superley se propone promover; y este fin establecido en el documento de la Constitución formal por una generación del pasado, 'como derecho recibe su fuerza y efecto de la presente generación, por lo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presen-

te y con la mira puesta en los problemas del presente' (Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, –Atheneum–, New York, 1963, p. 2). Y como esta Corte lo ha declarado, 'el objetivo preeminente' de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el 'bienestar general' (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (Fallos: 289:430, pág. 436).

4°) Que, a partir de lo expuesto en el considerando anterior, corresponde transitar nuevamente el texto constitucional, y recordar la doctrina elaborada por esta Corte en las cuestiones que integran el análisis de la materia previsional, presupuesto que necesariamente condiciona la tarea de interpretación y el alcance de las normas infraconstitucionales en cada caso concreto.

En tal sentido, se ha sostenido que los beneficios derivados de los regímenes previsionales no son de naturaleza graciable y, en consecuencia, el reconocimiento de aquéllos impide que con posterioridad a su concesión puedan dejarse sin efecto, ya que constituyen un derecho del que no se puede ser desposeído y a partir del cual se accede al estatus de jubilado (Fallos: 158:127; 170:12; 173:5; entre otros).

Asimismo, desde la incorporación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, el Tribunal ha asumido una consideración particularmente cuidadosa de los derechos en materia de previsión social a fin de que, en los hechos, no se afectaran sus caracteres de integrales e irrenunciables. Desde esa perspectiva, asimiló los beneficios previsionales al derecho alimentario y enfatizó que tienden a la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se hacen manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria (doctrina de Fallos: 267:336; 293:304; 294:94; 307:135; 311:1644; 319:2151, 2215 y –más recientemente– causa I.349.XXXIX "Itzcovich,

Mabel c/ ANSes s/ reajustes varios", sentencia del 29 de marzo de 2005, considerando 5° del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, Fallos: 328:566).

Por tales razones, y en armonía con lo dispuesto en la norma constitucional indicada, ha sido reconocida la naturaleza sustitutiva que cabe asignar al haber previsional concedido, considerando que la jubilación constituye la prolongación de la remuneración, después del cese regular y definitivo en la actividad social laboral del individuo como débito de la comunidad por el servicio prestado, y tal concepción se inserta en el objetivo preeminente de la Constitución Nacional de lograr el bienestar general, cuya expresión más acabada es la justicia social. De este modo el carácter alimentario de todo beneficio previsional, ya que tiende a cubrir las primeras necesidades de los beneficiarios y de allí su reconocida naturaleza de subsistencia, obliga a sostener el "principio de favorabilidad" y a rechazar toda fundamentación restrictiva (Fallos: 289:430; 292:447; 293:26; entre otros).

5°) Que, la obligación estadual de garantir "jubilaciones y pensiones móviles", según el último párrafo del art. 14 bis, debe ser interpretada en el contexto conceptual expuesto en el considerando anterior. En tal sentido, es indudable que el mandato constitucional se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer en la legislación infraconstitucional los criterios que se estimen adecuados a la realidad para determinar los haberes previsionales y los respectivos sistemas de movilidad, ello sin perjuicio de que los cambios circunstanciales puedan hacer que la solución legal, correcta en un comienzo, se torne irrazonable (Fallos: 310:2212).

6°) Que lo afirmado tiene respaldo en el debate realizado en la Convención Constituyente de 1957 que incorporó el art. 14 bis a la Ley Fundamental, cuyo contenido ha sido ratificado por la reforma de 1994. En efecto, en la cuestión que interesa, el convencional Martella sostuvo que "deseamos una jubilación móvil para mantener a las personas jubiladas o pensionadas con una asignación que les suponga siempre el mismo standard de vida..." (Convención Nacional Constituyente 1957 – Diario de Sesiones, T. II, pág. 1249). En idéntico sentido, el convencional Riva manifestó que "hasta ahora siempre pareció una gracia lo que recibe el jubilado y pensionado. Pero no es así, no es una gracia del Estado, sino la retribución justa y amparadora por los servicios de toda una vida. El derecho a la jubilación es un verdadero

derecho de propiedad que debe ser el premio a quien dio su esfuerzo por la patria, para que viva mejor. No puede retaceársele la retribución y así condenar a esos habitantes a vivir peor, como premio a los servicios prestados...” (Convención Nacional Constituyente 1957 – Diario de Sesiones, T. II, pág. 1371).

En relación con el carácter móvil de las prestaciones previsionales, el convencional Riva manifestó su preocupación al sostener que “El despacho de la mayoría consagra como solución: ‘jubilaciones y pensiones móviles’. Esto, en mi criterio, no puede consagrarse como solución definitiva, pues deja su regulación en manos del poder administrador... debe establecerse, como yo lo sostengo en mi proyecto, la equiparación de sus asignaciones a los emolumentos de los funcionarios y/o agentes en actividad...” (Convención Nacional Constituyente 1957, T. II, pág. 1371).

7°) Que, en razón del modo como finalmente quedó redactada la norma incorporada a la Ley Fundamental ha sido y es necesario efectuar una serie de consideraciones acerca del alcance del término “movilidad”, con el propósito de establecer los límites de disponibilidad a los que se encuentra vinculado el legislador y, en su caso, el intérprete constitucional.

En primer lugar, debe señalarse que el carácter alimentario del haber previsional y su condición de prolongación de la remuneración condicionan y, de algún modo, establecen los parámetros para la aplicación del concepto de movilidad. Tal afirmación se corresponde con lo hasta aquí reseñado y se completa con reiterada doctrina de esta Corte según la cual el principio básico que sustenta el sistema previsional argentino es el de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, entendiendo dicha relación como parámetro razonable para conjugar la naturaleza del haber previsional, los fines que persigue su reconocimiento y el establecimiento de una razonable reglamentación de la materia (doctrina de Fallos: 289:430 y sus citas; 292:447 y muchos otros posteriores). En relación con ello, el Tribunal también expresó que las exigencias de una conveniente adaptación de la prestación jubilatoria han de considerarse cumplidas, en principio, cuando a través de su haber actualizado el jubilado conserva una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber continuado en actividad (Fallos: 255:306).

En otro orden de ideas, se afirmó que las jubilaciones y pensiones acordadas constituyen verdaderos derechos que se incorporan al patrimonio y no pueden ser desconocidos, suprimidos ni alterados –salvo por causas sobrevinientes previstas previamente en la ley–, sino sólo reducido o rebajado su monto para el futuro, cuando median para ello razones de orden público o de beneficio general y en tanto la reducción no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada (Fallos: 170:12; 173:5; 234:717; 235:783; 258:14; 266:279).

A la vez, la Corte reconoció la –ya mencionada– facultad legislativa para elegir el régimen tendiente a lograr la movilidad de las prestaciones previsionales y adoptar medios idóneos a fin de cumplir con el deber de asegurar los beneficios, mas dejó a salvo el posterior control jurisdiccional destinado a asegurar la fundamental razonabilidad de esos actos y a impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (doctrina de Fallos: 293:551; 303:1155 y 308:1848).

Ha destacado el Tribunal, con mayor precisión, que el contenido de la garantía de movilidad no se aviene con disposiciones que establecen la inmovilidad absoluta de los beneficios por un término incierto (Fallos: 293:551; 295:674; 297:146), ni con aquellas en que el mecanismo de movilidad se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o de injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación (Fallos: 300:616; 304:180; 305:611, 770, 953).

8°) Que dichos precedentes marcan, por un lado, que la facultad legislativa para elegir el régimen tendiente a lograr la movilidad de las prestaciones previsionales presenta indudable limitación. Por otro, es claro que la relación proporcional entre el haber de pasividad y la situación de los trabajadores activos fue reconocida como un verdadero principio que se arraigó en el régimen previsional argentino.

9°) Que en época muy reciente el Tribunal ha afirmado, con particular referencia al art. 14 bis de la Ley Fundamental, que esta última, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano. Agregó que los derechos constitucionales tienen, naturalmen-

te, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse que ella enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último (causa V.967.XXXVIII. "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", sentencia del 14 de septiembre de 2004, considerando 8°, párrafos 3 y 4, Fallos: 327:3677).

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23) (causa y sentencia citados, considerando 8°, párrafo 5°).

10) Que, en tal enfoque, gravita indudablemente el renovador impulso dado al derecho de que se trata por los tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional en las disposiciones del art. 75 inc. 22 y su correlato con lo preceptuado en el inc. 23 de dicha disposición.

En relación con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22, cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, dispone acerca del desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de tales derechos, propósito que tiene por destinataria a la persona dentro del sistema y que, en consecuencia, requerirá del Estado el máximo esfuerzo en orden a los recursos disponibles. El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia (art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –"Protocolo de San Salvador"– en materia de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

les establece en el art. 9 el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar "de la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...". A tales efectos, el art. 1 de dicho protocolo dispone la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el documento. La norma indicada encuentra su correlato en el art. 19 del protocolo, en el cual el principio de progresividad se encuentra protegido mediante la estipulación de informes periódicos que den cuenta de las medidas adoptadas.

En el orden constitucional argentino, las consignas en la materia *sub examine* a partir de lo dispuesto en el artículo precedentemente mencionado se profundizan con lo establecido en el art. 75 inc. 23 de la norma fundamental, ya que el constituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales y, en lo que respecta a la cuestión en debate, en particular respecto de los ancianos. Esta norma constitucional fortalece la vigencia del principio de progresividad en la materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos.

11) Que, el encuadre constitucional del derecho a la jubilación y su movilidad conduce necesariamente a revisar el alcance del derecho de propiedad en tales cuestiones y los límites de la garantía de inviolabilidad, consagrados en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. A tales efectos, y de acuerdo con lo que se ha desarrollado en los considerandos anteriores, esta Corte ha sostenido históricamente que los beneficios jubilatorios, una vez acordados legítimamente, tienen el carácter de derecho adquirido. Después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación los ampara la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 261:47; 284:65). A partir de tal doctrina el Tribunal sostuvo que los elementos constitutivos del *status* jubilatorio, resultante de la situación del agente al momento del cese, deben ser mantenidos para evitar que se opere en los hechos una retrogradación por obra de modificaciones reglamentarias que

alteren las condiciones existentes al conceder el beneficio (Fallos: 311:530). Agregó que deben ser descalificados aquellos criterios de movilidad que importen un desequilibrio en la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación de jubilado y la que resultaría de seguir el beneficiario en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatorio, violando la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 295:674). Como consecuencia de lo expuesto, la Corte consideró en numerosos pronunciamientos en la materia diversos porcentajes a partir de los cuales las diferencias habidas entre el haber efectivamente percibido y aquel que correspondía recibir fueron declaradas confiscatorias e irrazonables (Fallos: 303:1155; 305:1213; 310:991; 311:530).

12) Que, por otra parte, y en lo que respecta al alcance de las reglamentaciones en materia de prestaciones previsionales, el mandato constitucional merece ser apreciado a la luz del criterio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de expresar en la causa "Cinco Pensionistas vs. Perú" (Corte IDH. sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98). Allí, dicho Tribunal consideró dos cuestiones para dirimir la controversia, por un lado "si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto", y por el otro, "qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se puede poner límites a éste" (punto VII; párrafo 95 de la sentencia citada). Mediante el análisis del derecho interno del Estado parte, concluyó que a partir del momento que los denunciantes se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en la normativa en la que se encuadra el caso, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en aquéllas. Los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con la legislación interna y con el art. 21 de la Convención Americana (punto VII, párrafo 103 de la sentencia citada). En consecuencia, reconoció que las presuntas víctimas tenían un derecho adquirido a la pensión y, más precisamente, a una pensión cuyo valor se encontrara nivelado con la remuneración percibida por las personas que estuvieran desempeñando las mismas o similares labores a aquéllas ejercidas por el beneficiario de la pensión al momento de retirarse del cargo.

Sin desconocer la facultad del Estado para poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o inte-

rés social, en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones –monto de las pensiones– ratifica que los Estados sólo pueden reducir lo que el Tribunal denomina "pensión nivelada" por la vía legal adecuada y en la medida que no contradigan el propósito y razón de las mismas, condenando la modificación arbitraria de los parámetros de determinación del monto de aquélla con la consecuente reducción del beneficio (punto VII, párrafos 112, 116 y 121, entre otros, de la sentencia citada). En razón de lo expuesto la Corte Interamericana declaró que el Estado parte violó el derecho de propiedad privada, el derecho a la protección judicial e incumplió las obligaciones generales en los términos de los arts. 21, 25, 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto XIII, párrafo 187, de la sentencia citada).

Para ello, el Tribunal internacional construyó algunos principios de interpretación importantes para resolver cuestiones como las presentes. En primer término, señaló que conforme al art. 1 de la convención "es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención". En segundo término, que el deber general del art. 2 del tratado implica la adopción de medidas en dos vertientes. "Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".

13) Que, efectuado el encuadre constitucional de la materia en examen, corresponde tratar los agravios concretos planteados en el caso, vinculados a la movilidad del haber durante el período 1991/1995 y a la eventual incidencia en aquél de las leyes 23.928 y 24.463, llamada de "solidaridad previsional", la que contiene modificaciones sustanciales a la ley 24.241, entre ellas la derogación del art. 160 que reconocía derechos adquiridos al tiempo de entrar en vigencia y mantenía a los jubilados en el goce de la movilidad fijada por leyes anteriores (art. 11, ap. 1°), con disposiciones específicas respecto a los haberes correspondientes a diversas épocas (arts. 7° y 10).

En consecuencia, corresponde establecer la interpretación más adecuada de las normas indicadas a los efectos de determinar la movilidad del período 1991/1995, de manera de hacerlas compatibles con las disposiciones constitucionales.

14) Que la movilidad tal como fue reconocida por esta Corte en los precedentes ya citados, trasciende el plano de un simple ajuste derivado de factores económicos relacionados con la inflación. En tal sentido y asumiendo la perspectiva histórica que la cuestión merece, cabe compartir la opinión según la cual es verdad que al tiempo de incorporarse el art. 14 bis por la reforma de 1957 la inflación ya producía la pérdida paulatina del valor adquisitivo de la moneda, lo que hizo suponer que la pauta obligatoria de movilidad para las jubilaciones y pensiones fue prevista para subsanar las alteraciones en el signo monetario y, de reflejo, en la capacidad adquisitiva de los beneficiarios. No obstante, más allá de la circunstancia histórica de la época –acentuada en mucho posteriormente– ha de entenderse ahora que la movilidad no presupone únicamente una necesaria actualización monetaria frente al deterioro que produce un proceso inflacionario, sino un ajuste periódico que, sin congelamiento del haber, y aunque no haya inflación, mantenga al jubilado en una situación de permanente relación proporcionalmente razonable entre pasividad y actividad. Por eso, toda prohibición legal de indexación –como la que impuso en 1991 la ley 23.928– no alcanza para impedir que, de acuerdo con la Constitución, el haber de las prestaciones siga sometido a movilidad, porque aunque no haya inflación, debe siempre reflejar la necesaria proporción razonable con el haber de actividad (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*. Tercera reimpresión. Buenos Aires, Ediar, 2002. Tomo II, pág. 241). En conclusión, la movilidad no ha de ser asimilada, en el contexto de las normas aplicables, a una pauta vedada por el régimen general de la ley 23.928.

15) Que el análisis de las normas reglamentarias aplicables al régimen previsional cuestionado en el caso permite concluir que el legislador, en cumplimiento del mandato constituyente, mantuvo el principio de movilidad de las prestaciones derivado de las normas entonces vigentes. En tal sentido, la ley 24.241 (B.O. 18 de octubre de 1993), dictada vigente la ley 23.928, estableció un criterio de movilidad para el régimen de reparto (arts. 21, 32 y 39) y, lo que es más importante aún para la solución del caso concreto, dispuso expresamente reconocer la movilidad otorgada por regímenes anteriores así como que los beneficios se liquidaran según las fórmulas que regían al tiempo de su entrada en vigencia (art. 160, último párrafo).

El principio de no aplicación retroactiva en materia de movilidad del que da cuenta el art. 160 de la ley 24.241 se mantuvo vigente has-

ta la sanción de la ley 24.463, que al disponer su derogación lo hizo para el futuro, sin asignarle a la misma efecto retroactivo.

En razón de ello, la disposición del art. 7°, inc. 1, ap. b., de la ley 24.463 (que previó el ajuste de las prestaciones correspondientes a períodos comprendidos entre el 1° de abril de 1991 y la fecha de promulgación de esa ley "según las disposiciones oportunamente aprobadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y por organismos de su dependencia") debe ser interpretada evitando producir una confrontación con lo reglado en los arts. 10, inc. 1°, y 11, inc. 1°, del mismo cuerpo legal y, por otro lado, con lo dispuesto en la ley 24.241. Una inteligencia normativa que pusiera su acento en la contradicción provocaría un conflicto constitucional, ya que del texto literal de la norma parece desprenderse la aplicación retroactiva de un supuesto criterio de movilidad distinto de aquel dispuesto en las normas vigentes al tiempo de su sanción. Retroactividad vedada en el mismo cuerpo legal al que pertenece tal norma.

En consecuencia, y ante la existencia de un sistema de movilidad dispuesto en la ley 18.037 para tal período, es inviable cualquier otra solución legal porque ello importaría reconocer la incoherencia del legislador, hecho que debe descartarse por aplicación de criterios de interpretación normativa básica, todo ello sin perjuicio de que lo dispuesto en el art. 7° inc. 1, ap. b, de la ley 24.463, se refiera a otros supuestos que no impliquen modificación retroactiva de criterios de movilidad.

Desde otra perspectiva, el eventual conflicto enunciado quedaría superado por aplicación del principio de supremacía constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional), según el cual deberá darse preeminencia a una interpretación infralegal que resguarde acabadamente lo dispuesto en los arts. 14 bis, 75 incs. 22 y 23 de la norma fundamental y que se adecue a los fines y objetivos perseguidos por dicha norma.

16) Que, por ello, teniendo en cuenta la naturaleza de los haberes previsionales, el sentido del principio de movilidad y la doctrina formulada acerca del carácter de derecho adquirido que tienen los beneficios jubilatorios una vez acordados legítimamente, debe concluirse que para el período 1991/1995 el criterio de movilidad aplicable es aquel que surge de la ley 18.037.

17) Que, la conclusión precedente no se ve alterada por la ley 23.928. Ello por la concurrencia de diversas razones. En primer lugar, se destaca que la norma en cuestión no contiene disposición alguna referida al específico sistema de movilidad previsional ni a sus necesarias implicancias constitucionales.

Asimismo, al tiempo de dictarse la ley 24.241, ya se encontraba vigente la ley 23.928, no obstante lo cual la voluntad del legislador fue mantener el principio de movilidad y, en su caso, los sistemas vigentes a aquella época para los beneficios ya acordados.

En otro orden de razones, cabe señalar que no es adecuado identificar la actualización monetaria con el principio de movilidad, ya que las variables que integran la determinación de este último están sustentadas en la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, lo que no puede desprenderse del principio de dignidad del haber previsional. En tal sentido, otorgar al haber de pasividad la condición de prolongación de la remuneración y establecer su relación directa con el reconocimiento de los servicios prestados a la sociedad, hacen del principio de movilidad una variable de cualificación para que aquél alcance el objetivo para el que fue dispuesto. Este concepto constitucional descalifica centrar la cuestión en un tema de actualización monetaria.

18) Que, en consecuencia, corresponde afirmar lo siguiente: a) el art. 10 de la ley 24.463 resultó coherente con las disposiciones de la ley 24.241 y con la derogación de su art. 160 para el futuro; b) el art. 53 de la ley 18.037 reconoció derechos que no pudieron resultar válidamente frustrados por la aplicación de una disposición posterior como el art. 7, inc. 1, de la ley 24.463; c) la pauta prevista por el mencionado art. 53 mantuvo su vigencia hasta 1995 y, en su aplicación al período que interesa al caso, constituye una razonable reglamentación del derecho cuestionado en términos de su correcto cumplimiento de la ley, esto es, dejando de lado todo congelamiento que derive de lo actuado por la autoridad respectiva; d) la aplicación de dicha pauta ha de respetar los límites de la cosa juzgada según corresponda; e) los resultados obtenidos tras los cálculos correspondientes quedarán sujetos a los porcentajes establecidos en las leyes de fondo; f) se deberán deducir eventuales ajustes dispuestos de oficio; g) el régimen de movilidad por el período posterior a la vigencia de la ley 24.463, será el que

determine la ley de presupuesto, sin que quepa emitir pronunciamiento alguno en ausencia de demostración sobre el perjuicio que ocasione su aplicación.

Las afirmaciones precedentes permiten sostener que la aplicación al caso de la doctrina sobre la movilidad del haber previsional mediante las pautas expuestas, queda limitada por las circunstancias fácticas y procesales traídas a conocimiento de la Corte. Ello además implica que, más allá de tales circunstancias, no quepa conjeturar acerca de la automática aplicación generalizada de dichas pautas, ya que este Tribunal no debe desprenderse del análisis de las repercusiones que podría generar tal aplicación sobre las finanzas del Estado o para el sistema económico del país.

19) Que a la vista de todo lo expuesto, resulta necesario reiterar en el *sub examine* que el Tribunal ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, lo que lo lleva a ponderar cuidadosamente las circunstancias, evitando que se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del propósito de "afianzar la justicia", enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional. Dicho propósito liminar, tal como ha sido manifestado, se refiere a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. Ha dicho esta Corte que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos: 249:37; 302:1284).

Con similar enfoque, recientemente en la causa "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios" (sentencia del 29 de marzo de 2005, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, Fallos: 328:566), se ha considerado oportuno revisar el criterio aplicado en esta instancia a una cantidad de recursos al margen del juicio que, en otro momento, pudo merecer el criterio legislativo adoptado al sancionar la ley 24.463, destacando la misión de este Tribunal de proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento (doctrina de Fallos: 308:2268 y considerando 4° del voto mencionado). Cabe destacar que se ponderó la influencia del transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas y, con cita del conocido caso "Kot", se aludió a la consideración de nuevas condiciones y necesidades de la comunidad para atender a

una interpretación de la ley acorde con su visión de futuro que permitiera recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Fallos: 241:291, pág. 300 y considerando 7° *in fine* del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, antes mencionado).

20) Que, por lo indicado en los considerandos precedentes, corresponde revocar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios y mantener el ajuste por movilidad hasta marzo de 1995 según las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones a que remitía el art. 53 de la ley 18.037, criterio que hace innecesario expedirse respecto de la tacha de inconstitucionalidad formulada contra la ley de convertibilidad, pues ésta no resulta aplicable al caso.

Por ello, y por no haber expresado la demandada agravios en tiempo y forma, el Tribunal –por mayoría– resuelve: declarar desierto el recurso de la ANSeS, hacer lugar al de la actora; en consecuencia, revocar la sentencia con el alcance que surge de lo precedentemente expresado y disponer que se mantenga el ajuste por movilidad hasta el 30 de marzo de 1995, según las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte guardan sustancial analogía con las debatidas y resueltas en el precedente de Fallos: 319:3241 en la causa “Chocobar”, voto del juez Boggiano, a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se resuelve: I. Declarar desierto el recurso de la demandada por no haber expresado agravios en tiempo y forma; II. Se declara procedente el recurso ordinario interpuesto por la actora y se confirma la sentencia. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso ordinario interpuesto por **María del Carmen Sánchez,** representada por el Dr. **Juan Carlos Escudero.**
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° 6.**

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION v. PODER EJECUTIVO NACIONAL

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

Corresponde declarar mal concedidos los recursos extraordinarios y rechazar las quejas si aquéllos no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.

Si bien las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, no revisten el carácter de sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, ni en los del art. 6° de la ley nacional 4055, dicha regla reconoce excepciones cuando la medida ordenada causa un gravamen que, por su magnitud y circunstancias de hecho puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

La invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias o de agravios constitucionales no suple la falta del requisito de sentencia definitiva (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

Se exige que la irreparabilidad del gravamen sea acreditado en la causa, sin que resulte suficiente la mera cita de aquél para que se produzca la equiparación a sentencia definitiva del auto impugnado (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Gravedad institucional.

No basta la mera invocación por parte del apelante de la gravedad institucional, sino que tal argumento debe ser objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Gravedad institucional.

No alcanzan a demostrar la existencia de gravedad institucional las alegaciones relativas a que se trata de un servicio esencial y que toda la industria está comprometida en la causa, que la decisión impactará sobre el universo íntegro de usuarios del gas, la jerarquía de las partes y de las normas en juego, o la suma de dinero que representa la no aplicación del PPI, ni el hecho de que se pretenda derivar de la suerte de la medida cautelar solicitada, un caso testigo para los inversores extranjeros (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

TASAS.

Basta con observar la ausencia de todo ámbito de participación de los usuarios que los apelantes admiten como necesaria, para restar virtualidad a lo afirmado en el sentido de que hubo una indebida interferencia del poder judicial sobre la zona de reserva que, por lo demás, se mantiene actualmente incólume, en especial, si se repara en las facultades que la ley de emergencia pública le confirió al Poder Ejecutivo Nacional en materia de renegociación de los contratos de servicios públicos (arts. 8° y 9° de la ley 25.561) (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 1052/1060, la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió, con fecha 05 de diciembre de 2001, confirmar la sentencia de Primera Instancia que hizo lugar a la medida cautelar requerida por el Defensor del Pueblo de la Nación, por la cual se suspendió la aplicación del decreto 669/00, que incorporó la variación PPI (Indices de Precios Productor de Bienes Industriales de los

Estados Unidos de Norteamérica) a los cuadros tarifarios de transporte y distribución de gas.

– II –

Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional, conjuntamente con el Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante, el ENARGAS) dedujeron el recurso extraordinario de fs. 1276/1345 vta., que fue concedido en lo que respecta a la interpretación de normas federales y denegado en cuanto a las causales de gravedad institucional y arbitrariedad (fs. 1467) lo que motivó la presentación de la pertinente queja obrante en el expediente D. 10, L. XXXVIII.

A su vez, en calidad de terceros, las empresas adjudicatarias de transporte y distribución de gas –Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Distribuidora de Gas del Centro S.A., Distribuidora de Gas Cuyana S.A. (fs. 1077/1132); Litoral Gas S.A. (fs. 1135/1144 vta); Gasnor S.A. (fs. 1146/1173 vta.); Gas Natural Ban S.A. (1175/1233 vta.) y Gasnea (fs. 1347/1373 vta.)–, dedujeron sendos recursos extraordinarios, que, al igual que el enunciado en el párrafo anterior, fueron concedidos en lo que respecta a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a las causales de gravedad institucional y arbitrariedad (fs. 1467). Ello impulsó la presentación de las quejas obrantes en los expedientes D. 7, L. XXXVIII; D. 17, L. XXXVIII; D. 590, L. XXXVII.

En ese contexto, V.E. corre vista a este Ministerio Público a fs. 1490.

– III –

Como reiteradamente se ha dicho, la legitimación sustancial activa y pasiva, en el proceso cautelar, debe coincidir con la necesaria para intervenir en el proceso principal o definitivo. Es el titular del derecho que necesita aseguramiento quien, mediante el anticipo de la garantía jurisdiccional, es el legitimado para pedir las medidas cautelares (Fallos: 324:2048).

Por ello, cabe señalar que la actora esgrime estar legitimada para promover el presente proceso, en su calidad de Defensor del Pueblo de la Nación, conforme a las facultades otorgadas por el artículo 86 de la Ley Fundamental.

Ahora bien, toda vez que ello ha sido oportunamente tratado en mi dictamen del día de la fecha, en la causa S.C. D. 90, L. XXXVIII "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N.–Dec. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento", me remito a sus términos *brevitatis causae*.

– IV –

En tales condiciones, considero que corresponde revocar el pronunciamiento de fs. 1052/1060. Buenos Aires, 8 de julio de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda y el Ente Nacional Regulador del Gas en la causa 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y otro', por Gasnor S.A. en la causa D.7.XXXVIII. 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Economía'; por Gas Natural Ban S.A. en la causa D.17.XXXVIII. 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Economía'; por Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Dist. de Gas del Centro S.A. (centro) y de Dist. de Gas Cuyana S.A. Cuyo' en la causa D.590.XXXVII. 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. –P.E.N.– M.E., dto. 1738/92 y otro'".

Considerando:

Que los recursos extraordinarios del Estado Nacional y del Ente Nacional Regulador de fs. 1276/1345, y los de los terceros interesados de fs. 1077/1132, 1135/1144, 1146/1173, 1175/1233, 1347/1373 y 1375/1402, que fueron concedidos en lo que respecta a la inteligencia de normas federales y denegados en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1467), lo que motivó la presentación de las quejas respectivas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declaran mal concedidos los recursos extraordinarios y se rechazan las quejas deducidas. Intímese al Estado Nacional –M° de Infraestructura– y al ENARGAS, a efectuar cada uno de ellos el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de conformidad con lo previsto en la acordada 47/91 en el recurso de hecho D.10.XXXVIII. Decláranse perdidos los depósitos: del recurso de hecho D.7.XXXVIII. (confr. fs. 1); del recurso de hecho D.17.XXXVIII. (confr. fs. 240) y del recurso de hecho D.590.XXXVII. (confr. fs. 189/192). Notifíquese, archívense las quejas y, oportunamente, devuélvanse.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA, DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que el Defensor del Pueblo de la Nación interpuso contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas, la demanda ordinaria que el Tribunal tiene a la vista y que tramita ante sus estrados en el expediente caratulado D.90.XXXVIII. "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. –P.E.N.– M°.E. – dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento". En el ámbito de la causa mencionada, aquel funcionario solicitó el dictado de la medida cautelar que aquí se examina, con el objeto de que no se aplique a las tarifas de gas un ajuste sobre el importe de éstas, calculado según el índice de variación del mercado internacional "Producer Price Index, Industrial Commodites" (PPI); en especial, que no se lo haga en los términos del acuerdo celebrado entre el Estado Nacional, el Ente Nacional Regulador del Gas y las licenciatarias del servicio público de transporte y distribución del gas natural, que fue plasmado en el acta acuerdo del 17 de julio de 2000 e incluido en el texto del decreto 669/00. El Defensor del Pueblo de la Nación aclaró que, "...la cautelar solicitada tiende a impedir que

automáticamente se imponga este ajuste hasta tanto no sea verificado que el aumento anunciado... no implica, bajo pretextos y tergiversaciones aún no aclaradas, un incremento del servicio sin causa atendible" (fs. 31 vta./32) y, por esta misma razón, sostuvo que era imprescindible la celebración de una audiencia pública antes de aprobar el ajuste de las tarifas, tal como lo había recomendado dicho defensor en la resolución 817/00, que emitió el día 14 de julio de 2000 (fs. 58/61).

2°) Que la sentencia de primera instancia tras un exhaustivo examen de la cuestión debatida, hizo lugar a la medida cautelar y dispuso suspender la aplicación del decreto 669/00 (fs. 86/91), decisión que fue confirmada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 1052/1060).

3°) Que para así decidir el *a quo* detalló las razones expuestas por la jueza de la instancia anterior y, en primer término, puntualizó que participaba del criterio expuesto por los jueces Belluscio y Bossert en el precedente de esta Corte "PRODELCO" (Fallos: 321:1252), en el sentido de que si bien "el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio de su poder jurisdiccional, no lo faculta para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos: 308:2246, considerando 4°; 311:2128, entre muchos otros) y, menos aún, ciertamente, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación de servicios, ello no obsta al ejercicio del citado control de legalidad respecto del procedimiento seguido y las bases normativas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de tarifas", recordando, además, que en el presente caso no había óbice alguno para ejercer el aludido control pues, a diferencia del caso "PRODELCO", la cautelar impugnada no fue dispuesta en el ámbito de una acción de amparo sino en el de un proceso ordinario (fs. 1054 vta./1055). Relató cuál era en esencia la pretensión del Defensor del Pueblo de la Nación y cuáles sus argumentos, en los siguientes términos:

"...el Sr. Defensor del Pueblo de la Nación requiere la inconstitucionalidad del art. 41 de la ley 24.076 en cuanto autoriza un ajuste de las tarifas del gas con fundamento en un sistema indexatorio y del art. 96 de dicho ordenamiento en cuanto estatuye un canon de prevalencia del aludido ordenamiento" (esta última norma prevé: "En caso

de conflicto normativo entre otras leyes y la presente, prevalece esta ley”).

“Solicita también, la inconstitucionalidad de los decretos 1738/92, 2255/92 y cualquier otra norma complementaria, planteando asimismo la nulidad del decreto 669/00 y del Acta del 17 de julio de 2000 incorporada como Anexo I a dicho decreto” continuó: “...como argumentos esenciales de la pretensión cautelar deducida han sido invocados la preeminencia de la ley de convertibilidad N° 23.928 y la improcedencia de un sistema indexatorio calculado mediante índices extranjeros, así como también, la falta de celebración del régimen de audiencia pública que, según la demanda, encuentra cobertura suficiente en las disposiciones contenidas en los arts. 46 y 67 de la ley 24.076” (fs. 1055).

Señaló: “Que la Sala no desconoce que en el aludido precedente “PRODELCO” la Corte Suprema de Justicia Nacional advirtió (considerando 20) que la ley 23.928 sólo estableció un régimen de convertibilidad para la moneda nacional y la prohibición de reformular su expresión económica mediante el empleo de índices que midan la variación de precios y que esta cuestión resultaba claramente ajena al eventual incremento de tarifas en la prestación de los servicios públicos...”, pero, sin embargo, consideró el *a quo* que no puede olvidarse que ese criterio “...fue anudado a la circunstancia de que... el aumento sectorial de algunos rubros que componían la prestación del servicio básico telefónico tenía correspondencia en la rebaja de otros, como presupuesto del resultado neutro que debía arrojar el rebalanceo” (fs. 1056).

Añadió: “Que, de todas formas, y para lo que interesa, bien se comprende que determinar si entre la ley de convertibilidad N° 23.928 y la ley N° 24.076 se presenta una hipótesis de colisión opositiva (en donde una norma deroga a la otra) o de concurso (en donde las dos normas son válidas, pero solo una es aplicable) comporta un aspecto central de la temática litigiosa planteada que deberá resolverse en el contexto de la sentencia definitiva, por lo cual sólo corresponde en este estado del proceso precisar, con la interinidad propia del proceso cautelar, la intensidad de los perjuicios suscitados a partir de la admisibilidad o inadmisibilidad de la cautela” (ídem. cit. anterior).

Por último, consideró que aun cuando deban respetarse el principio de presunción de legitimidad de las decisiones administrativas y

las limitaciones que supone todo control de legalidad, no podían dejarse de ponderar los siguientes datos: "...el derecho que la Constitución reformada reconoce en su art. 42 a los consumidores y usuarios de bienes y servicios; la circunstancia de que se trata en el caso de un servicio público esencial; el hecho indiscutible de que por la especial conformación económica, técnica y financiera del servicio público del cual se trata, la libertad de elección y las reglas del así llamado mercado resultan prácticamente inexistentes..., una delicada crisis económico financiera, por insuficiencia de recursos, acumulación de deuda interna y consecuencias recesivas que afecta a amplios sectores de la población (considerando 7° del decreto 669/ 2000)...", "...la dolarización de las tarifas y el seguro de cambios que ello implica como etapa preliminar a una indexación en función de la evolución de precios extraños a la economía doméstica..." y "...la eventual huída de expresas disposiciones de la ley de convertibilidad (que, por cierto, no alcanza a las restantes variables de la economía nacional y particularmente a los salarios)...". Este cúmulo de razones, en el criterio del *a quo*, "...aconseja[ba] la suspensión precautoria de los efectos del decreto impugnado hasta tanto se pronuncie sentencia sobre el fondo de la cuestión propuesta" (fs. 1056/1056 vta.).

4°) Que contra aquel pronunciamiento, el Estado Nacional, conjuntamente con el Ente Nacional Regulador del Gas, dedujeron recurso extraordinario (fs. 1276/1345), que fue concedido en lo que respecta a la interpretación de normas federales y denegado en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1467), lo que motivó la presentación de la queja pertinente (D.10.XXXVIII).

Por su parte, en calidad de terceros, las empresas adjudicatarias del servicio público de transporte y distribución del gas –Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Distribuidora de Gas del Centro S.A., Distribuidora de Gas Cuyana S.A. (fs. 1077/1132); Litoral Gas S.A. (fs. 1135/1144); Gasnor S.A. (fs. 1146/1173); Gas Natural Ban S.A. (fs. 1175/1233); Gasnea S.A. (fs. 1347/1373) y Metrogas S.A. (fs. 1375/1402)– dedujeron recursos extraordinarios, los que, al igual que en el caso aludido en el párrafo anterior, fueron concedidos en lo que atañe a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1467). Esto motivó la interposición de las quejas que tramitan ante este Tribunal en los expedientes: "D.7.XXXVIII"; "D.17.XXXVIII" y "D.590.XXXVII".

5°) Que una conocida y reiterada jurisprudencia del Tribunal tiene establecido que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten no revisten el carácter de sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, ni en los del art. 6° de la ley nacional 4055 (ver, entre muchos otros Fallos: 225:213; 244:147; 247:114; 262:136; 301:947; 302:347; 305:1847 y 1929; 310:681; 313:116; 318:814), pues como fue señalado en un antiguo precedente de esta Corte, "...tratándose de abrir una tercera instancia, el legislador sólo la autoriza respecto a las sentencias definitivas y por tales se entienden las que dirimen la controversia poniendo fin al pleito, o haciendo imposible su continuación, o sea, como lo expresaba la ley de Partidas, aquella 'que quiere tanto dezir como juzio acabado que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado' (ley 2, *in fine*, Título 22, Partida 3)" –Fallos: 137:352–. También es oportuno recordar que la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias o de agravios constitucionales –al atacar la aludida clase de decisiones– no suple la falta del mencionado requisito de sentencia definitiva (doctrina de Fallos: 305:1929; 306:224; 307:2281; 308:62, 135 y 2068; 311:1670; 312:1891, 2150 y 2348, entre otros), más allá del acierto o del error atribuibles a los fundamentos de su adopción.

Cierto es que, la regla mencionada reconoce excepciones cuando la medida ordenada causa un gravamen que, por su magnitud y circunstancias de hecho puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (vgr. Fallos: 236:156; 251:162; 257:301; 313:279; 314:1202 y 1968; 319: 2325; 325:1784, entre muchos otros). En efecto, esta Corte comenzó a dispensar excepcionalmente el cumplimiento del recaudo de sentencia definitiva, en una antigua línea de precedentes ligada a juicios de apremio, los que –por vía de principio– permitirían revisar lo decidido en el juicio ordinario posterior, excepto en los casos en que se resolvían aspectos que no podían ser abordados útilmente en dicho juicio posterior, sea por la irreparabilidad del perjuicio o por comprender "puntos de interés institucional" o "razones institucionales" (doctrina de Fallos: 245:18 y 143), situaciones que más tarde dieron origen, definitivamente, a la llamada "gravedad institucional" (ver Fallos: 247:601 y el conocido precedente "Jorge Antonio" registrado en Fallos: 248:189). Así, dichas excepciones fueron consagradas ya en el año 1903 en el caso "Banco Hipotecario Nacional en autos Fiscal de la Provincia de San Juan c/ José Antonio Sarmiento" (Fallos: 98:309) y continuaron en una larga serie de casos entre los que cabe mencionar a los siguientes: en el año 1938, "Municipalidad de La Banda c/ Ferrocarril Central Argentino s/ cobro de pesos" (Fallos: 182:293); en

el año 1940, “Dirección General del Impuesto a los Réditos c/ Enrique Baldantoni” (Fallos: 187:637); en el año 1942, “Provincia de Santiago del Estero c/ Modesto González” (Fallos: 194:191); en el año 1943, “Dirección General del Impuesto a los Réditos c/ Antonio Crespo” (Fallos: 197:426); en el año 1958, doctrina *in re*: “Agua y Energía Eléctrica c/ Víctor Hugo Pellegrini” (Fallos: 240:171) y en el año 1967, en el caso “Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” (Fallos: 268:126).

Sin embargo, debe resaltarse que se ha exigido que la irreparabilidad de dicho gravamen sea acreditado en la causa, sin que resulte suficiente la mera cita de aquél para que se produzca la equiparación a sentencia definitiva del auto impugnado (caso “Ingenio Río Grande”, Fallos: 276:366; caso “Banco Regional del Norte”, Fallos: 304:694; caso “Levene”, Fallos: 307:630; caso “Rivas”, Fallos: 310:681).

6°) Que, en consecuencia, cabe examinar si los recurrentes han cumplido con la carga mencionada precedentemente –lo cual hará el Tribunal dando respuesta a partir del considerando siguiente a cada una de las presentaciones de las partes–, sin perder de vista que existen, al menos, dos órdenes de razones que habilitan a exigir en el caso una exhaustiva y peculiar demostración de la irreparabilidad del gravamen.

En efecto, en primer lugar, es pertinente recordar que el ajuste de tarifas que la medida cautelar ordena suspender, **no atañe a toda clase de recomposición de aquéllas**, sino a una modalidad específica de las autorizadas por el sistema normativo, esto es, se refiere únicamente al ajuste semestral que se realiza tomando en cuenta un indicador del mercado internacional (el Indice de Precios del Productor – Bienes Industriales de los Estados Unidos de Norteamérica – PPI–) –ver art. 41 de la ley 24.076 y anexo A, subanexo I, punto 9.4.1.1., del decreto 2255/92–. Por lo tanto, quedan fuera del alcance de aquella medida, otros modos de ajuste de las tarifas, que pueden obedecer a eventuales aumentos del precio del gas en el sector productivo, o bien, a diversas circunstancias, a saber: la revisión quinquenal que efectúa el Ente Nacional Regulador del Gas (art. 42, ley 24.076 y anexo A, subanexo I, punto 9.3.b, del decreto 2255/92); el ajuste que obedezca a cambios en las normas tributarias (art. 41, ley 24.076 y anexo A, subanexo I, punto 9.3.c del decreto 2255/92) o las modificaciones que deriven de “circunstancias objetivas y justificadas” a las que se refiere

el art. 46 de la ley 24.076 y el anexo A, subanexo I, punto 9.3.c del decreto 2255/92, aspectos todos éstos que son ajenos al debate de esta *litis*.

En segundo lugar, en tanto el núcleo del cuestionamiento que se ha realizado en relación a la aplicación de un ajuste basado en el llamado "PPI", ha sido, en esencia, la evolución excesiva de dicho indicador internacional en relación a un escenario de "deflación" que presentaba la economía interna, es imperiosa una detallada demostración que brinde al Tribunal los elementos para concluir que la no aplicación de dicho ajuste –con más los intereses que se adicionaron por el período en que se pactó diferir su aplicación– provoca a los apelantes un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

7°) Que en cuanto al recaudo que se analiza –equiparación del pronunciamiento apelado a una sentencia definitiva por causar un gravamen de imposible reparación ulterior– el recurso extraordinario de fs. 1077/1132, interpuesto por Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Distribuidora de Gas del Centro S.A. y Distribuidora de Gas Cuyana S.A., pese a su extensión y abundancia de citas jurisprudenciales, aborda el punto de un modo por demás escueto y genérico sin precisar cuál es el perjuicio concreto, palpable y no conjetural que irroga a los apelantes la medida decretada (ver fs. 1125 vta. y 1126/1126 vta.). Basta con repasar lo manifestado por aquéllos para advertir la señalada deficiencia, pues se han limitado a expresar lo siguiente:

"Si computamos el tiempo normal que la tramitación de este recurso extraordinario puede insumir, más el que luego debe invertirse en el resto del proceso (ordinario) a lo largo de todas sus instancias, es más que razonable suponer que este juicio no tendrá sentencia definitiva aún, al momento en que finalice el segundo proceso quinquenal de revisión de tarifas" (este segundo proceso quinquenal al que los apelantes se refieren es el que debió cumplirse en el mes de junio de 2002). Continúan: "quiere decir que antes de que sepamos si las normas que regulan y aplican el PPI son constitucionales o no, la cuestión puede haber perdido todo interés pues tendremos una nueva tarifa, que quizás posea un sistema de ajuste semestral diferente y así la cuestión se habrá tornado abstracta". "El resultado de ello será que la deuda acumulada por las empresas licenciatarias desde enero de 2000 hasta la revisión del segundo quinquenio, será un pasivo que deberán

soportar de hecho, pues no llegará a producirse una sentencia que resuelva en definitiva el problema de fondo planteado...", acotando que, dada su condición de terceros en esta medida cautelar "...sin haber tomado participación aún como tales en el expediente principal y sin saber si tal condición nos será concedida...", es esta la instancia final para la defensa de sus derechos (fs. 1126/1126 vta.).

A esta imprecisa manifestación, se suma un hecho que no puede ser obviado, esto es, lo expresado en el escrito de fs. 328/359, mediante el cual –con la firma de tres de los letrados que suscriben el recurso extraordinario que se examina–, las transportadoras de gas aquí recurrentes apelaron la decisión de primera instancia. En efecto, en dicha presentación, lejos de acreditarse el gravamen irreparable, se muestra la endeblez que en este aspecto exhibe la argumentación. Su transcripción será más clara que el relato:

"A mayor abundamiento, si consideramos al usuario residencial promedio de Gas Natural BAN, que (por diversidad de condiciones socioeconómicas en el área de la concesión) es de los más representativos, y a quien además (en razón de la distancia de transporte desde la cuenca) se le aplican las tarifas más elevadas, la aplicación del acuerdo del 17.7.00 y del Decreto 669/00, le significa un aumento de 70 centavos por mes, es decir, de $ 8,40 por año. Véase el cuadro que figura en Anexo 5" (fs. 358 vta., argumento que es reiterado a fs. 869/869 vta. al expresar agravios en representación de las empresas distribuidoras). En consecuencia, si se trata de un aumento que según las expresiones de los apelantes es de poca monta o de escaso valor visto desde la perspectiva de los usuarios, es razonable exigir que sea demostrado –y no se lo hizo– que, pese a tener esa calidad, su no aplicación representa para las empresas licenciatarias, concretamente, graves pérdidas, afecta la rentabilidad razonable a la que alude el art. 38 de la ley 24.076, o bien, constituye una seria afectación en la prestación del servicio de gas. Nada de esto ha sido alegado y menos aún acreditado.

8°) Que ante lo señalado precedentemente, no mejora la postura de los apelantes que presentaron el escrito de fs. 1077/1132, el simple listado de casos en los que la Corte, en materia de decisiones cautelares, consideró cumplido el recaudo de sentencia definitiva o equiparable a tal (ver fs. 1120 vta./1125 vta.); menos aún, produce tal mejora, la mención del precedente "Astilleros Alianza" de Fallos: 314:1202 –al

que los apelantes consideran como “un caso paradigmático”–, puesto que basta con recordar la disparidad de antecedentes fácticos allí tratados y los aquí examinados (se trataba de una medida de no innovar que suspendió la construcción de un puente a realizarse sobre el Riachuelo y que correspondía a la traza de la autopista La Plata-Buenos Aires), para concluir que no puede pretenderse una automática extrapolación de la solución adoptada en ese precedente.

9°) Que por último, con respecto al argumento expuesto en el recurso de fs. 1077/1132 que se examina, en el sentido de que en el presente caso se presenta un supuesto de gravedad institucional que permitiría morigerar los recaudos formales del recurso extraordinario –entre ellos el de sentencia definitiva–, corresponde recordar lo expresado por el señor Procurador General en ocasión de dictaminar en la causa “Defensor del Pueblo de la Nación” Fallos: 321:1187).

Allí se dijo que: “En primer lugar, es menester señalar que, de los diversos criterios y alcances con que la jurisprudencia de la Corte Suprema hizo uso de la pauta valorativa de la gravedad institucional como medio para admitir el recurso extraordinario, es posible reconocer, como principio, que el Tribunal ha entendido aludir a aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la Comunidad (Fallos: 286:257; 290:266; 306:480; 307:770, 919) o cuando están en juego instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973), o la buena marcha de las instituciones (Fallos: 300:417; 303:1034), o cuando la cuestión incide en la prestación de un servicio público (Fallos: 308:1230), o cuando lo decidido tiene entidad suficiente para incidir en la percepción de la renta pública, circunstancia que releva *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 (Fallos: 313:1420; 314:258; 316:2922 y 318:2431)”.

Se agregó que: “Es cierto que, expresiones como las aludidas precedentemente, no se hallan exentas de una zona de penumbra que caracteriza tanto al lenguaje jurídico como a los lenguajes naturales y que adolecen así –actual o potencialmente– de vaguedad”. “Sin embargo, cabe aceptar –en términos amplios– que la expresión gravedad institucional alude a las organizaciones fundamentales del Estado, Nación o Sociedad, que constituyen su basamento, y que se verían afectadas o perturbadas en los supuestos en que se invoca; y que igualmente la Corte Suprema, para conservar nuestro sistema institucional

y mantener la supremacía de la Constitución Nacional, se... [encuentra] habilitada por el orden jurídico para seleccionar los problemas que por la trascendencia de los intereses que afectan no pueden escapar a su control constitucional mediante la alegación de obstáculos de índole formal o procesal" (ver dictamen del señor Procurador General en Fallos: 321:1187).

En consecuencia, más allá de la inevitable apreciación discrecional que supone considerar que un caso sometido a decisión de la Corte debe ser incluido en un supuesto de gravedad institucional, lo que siempre ha requerido el Tribunal y tiene establecido en su jurisprudencia es que no basta la mera invocación por parte del apelante de la gravedad institucional, sino que tal argumento debe ser objeto de un "serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia" (Fallos: 303:221, 759, 926 y 1923; 305:1920; 306:1074, entre otros), de manera tal que no se adecuan a este estándar las simples alegaciones relativas a: que se trata de "...un servicio esencial y que toda la industria está comprometida en esta causa"; que la decisión "...impactará sobre el universo íntegro de usuarios del gas...", "la jerarquía de las partes" y de las normas en juego, o "la suma de dinero que representa la no aplicación del PPI" (aunque nada se ha expuesto sobre este tópico en el recurso) ni, finalmente, el hecho de que se pretenda derivar de la suerte de esta medida cautelar, un caso testigo para los inversores extranjeros (fs. 1130/1131).

10) Que en cuanto al recurso extraordinario presentado por Litoral Gas S.A. (fs. 1135/1144) no cumple con la acreditación de un gravamen irreparable en los términos señalados en la presente, pues aún cuando es cierto el postulado de que las medidas cautelares se desnaturalizan en los supuestos en que existe una "desmesurada extensión temporal", ello no releva al apelante de acreditar dicho gravamen, respecto del cual, es por demás escasa la dogmática afirmación acerca de la "...magnitud del perjuicio económico en cuestión" (fs. 1138); la relativa a que la medida impugnada al poner en duda la legalidad y la legitimidad del accionar estatal produce "...perjuicios mediatos e inmediatos a todos los integrantes de la sociedad, tanto en las relaciones individuales, como en las relaciones institucionales. Todos estos perjuicios sin duda, con un claro contenido económico" (fs. 1139), o la referente a que "...la gravedad institucional que genera el fallo tiene consecuencias económicas y de gobernabilidad (...) visibles por lo que

nuestra parte cree no es necesario probar ninguno de los extremos precedentemente manifestados" (fs. 1139 vta.).

Por su parte, el recurso extraordinario presentado por Gasnor S.A. (fs. 1146/1173), presenta defectos similares a los reseñados en el párrafo anterior. Así, es cierto y palpable que la medida cautelar ha sido dictada en un proceso ordinario, cuya conclusión –razonablemente– puede suponerse que insumirá una extensa tramitación. Lo que no es nítido y el apelante debe demostrar, esto es, no sólo mencionar como lo hace (en especial si se tiene en cuenta lo señalado en el considerando 6° de la presente) es que esta situación produce indudablemente –como lo alega– "...efectos... desvastadores en términos financieros y económicos por la cuantía de los montos que la licenciataria dejará de percibir [cuantía que ni siquiera se hace saber al Tribunal] y que habían computado tanto ella como sus acreedores para la salud y continuidad de las actividades a su cargo", o bien, que se está en presencia de una "...auténtica condena anticipada que no es susceptible de ser remediada en forma eficaz y útil con la espera de la sentencia definitiva que resuelva el fondo de la cuestión" (fs. 1156). En este contexto, se desvanecen las alegaciones referentes a que se configura en el caso un supuesto de gravedad institucional en tanto "...lo decidido excede el interés de las partes y atañe también al de la comunidad" y produce una "...perturbación de servicios públicos" (fs. 1157 vta. y 1158/1158 vta.), por lo que resulta aplicable lo expuesto en los considerandos 5°, 6° y 9° de la presente.

Finalmente, el recurso extraordinario presentado por Gas Natural Ban S.A. (fs. 1175/1233), pese al anticipo de que explicaría cuál es el agravio irreparable que torna a la medida impugnada en una decisión equiparable a la sentencia definitiva (fs. 1195, último párrafo) –tras evaluar hipótesis acerca de la suerte que puede correr la decisión sobre el fondo del asunto y sus eventuales consecuencias (fs. 1227/1227 vta.)– se limita a aseverar que la imposibilidad de aplicar el decreto 669/00, "...determinaría en cualquier caso la falta de flujo de fondos para Gas Natural Ban S.A., teniendo como lógica consecuencia una baja en la calidad del servicio, perjudicando de este modo a los usuarios" (fs. 1228), o que, la privación durante todo el proceso de "varios millones de dólares" implicará "...que ya no podrán cumplir con el régimen pactado de la licencia... [o], en su caso, quedarán obligadas a endeudarse para sostener...[sus] planes de inversión..." (fs. 1231 vta.). En consecuencia, tal como ha sido señalado en el caso del recurso extraordinario examinado en el segundo párrafo de este

considerando, la ausencia de demostración del concreto gravamen irreparable resta entidad a las simples manifestaciones en el sentido de que el caso configura un supuesto de gravedad institucional puesto que la medida decretada causará "...graves perjuicios al país... al repercutir negativamente en la confianza de los inversores extranjeros y valoración respecto de la seguridad jurídica existente en la República Argentina" (fs. 1230); provocará una "...seria y considerable perturbación a servicios públicos nacionales y...[afectará] su expedita prestación" (fs. 1231), alegaciones que, además, no se ajustan a lo requerido por la jurisprudencia del Tribunal, según lo que se lleva expresado hasta aquí (ver en especial, considerandos 5°; 6° y 9° de la presente).

11) Que en cuanto a los recursos de fs. 1347/1373 y fs. 1375/1402, interpuestos en representación de Gasnea S.A. y Metrogas S.A., respectivamente –cuyos textos son idénticos– las manifestaciones en torno a la existencia de un gravamen irreparable y a la configuración de un supuesto de gravedad institucional (fs. 1347 bis vta. 1348 y 1376 vta./1377) no reúnen las condiciones mínimas de desarrollo para ser consideradas por el Tribunal, de acuerdo con lo expresado en los considerandos 5°, 6° y 9° de esta decisión.

12) Que, finalmente, corresponde tratar el recurso extraordinario interpuesto conjuntamente por el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas a fs. 1276/1345, presentación en la que se sostiene que el pronunciamiento impugnado, al ocasionar perjuicios irreparables, debe ser equiparado a una sentencia definitiva. Esta aseveración se basó en el hecho de que lo decidido "...impide que el Estado Nacional como gestor del bien común, adopte medidas urgentes en materia de servicios públicos: suspender previo acuerdo con las licenciatarias, los ajustes de tarifas con la finalidad de reducir el impacto económico que ello produciría en la sociedad" (fs. 1283); "...se presenta como una indebida interferencia del poder judicial sobre la zona de reserva del Poder Ejecutivo en materia tarifaria" (fs. 1283 vta.); "...desvía y desnaturaliza la finalidad política, social y económica querida por el Poder Ejecutivo Nacional al momento del dictado del Decreto N° 669/2000. En efecto, el fin tenido en miras por el Decreto mencionado fue... mitigar el impacto económico que el incremento tarifario produciría sobre los usuarios... Sin embargo la medida cautelar suspensiva de los efectos del Decreto N° 669/2000,... tuvo la curiosa virtud de beneficiar a las empresas licenciatarias..." quienes –por haberse suspendido la aplicación de aquel decreto– "...pidieron

ante el Ente Regulador la efectiva aplicación de los ajustes tarifarios que el Decreto N° 669/00 había diferido" (fs. 1283 vta./1284) y, por último, excede el interés individual comprometiendo el de la comunidad toda, por lo cual constituye un supuesto de gravedad institucional (fs. 1285/1285 vta. y 1288).

Lo contundente de estas afirmaciones no impide ver que su consistencia es sólo aparente. En efecto, los pronunciamientos de las instancias anteriores en modo alguno impiden adoptar medidas urgentes que consistan en suspender ajustes tarifarios con el objeto de mitigar el impacto económico de aquéllos; antes bien, lo que fue rechazado es que en la fijación de esa política –atribución propia de la administración, según reiteradamente lo ha aceptado esta Corte en Fallos: 308:2246; 311:2128; "Provincia de Entre Ríos", (Fallos: 323:1825)– no se contemplaran los derechos de todos quienes serían alcanzados por aquélla (esto es, el Estado Nacional, los organismos de aplicación, las empresas prestadoras del servicio público de transporte y distribución del gas natural y **también los usuarios**), derechos que, por lo demás, se consideraron reconocidos en normas de igual rango (ley 24.076 y sus decretos reglamentarios) o de rango superior (art. 42 de la Constitución Nacional) a las disposiciones que regularon la fijación de las tarifas y sus ajustes. Dicho del modo más claro posible, al efectuar el control de legalidad y el de constitucionalidad que compete a los jueces, éstos juzgaron que era reprochable –sin que corresponda en este examen preliminar de los recaudos formales del recurso emitir opinión sobre el acierto o error de esa decisión– que, sin participación alguna de los usuarios, se haya suscripto un acuerdo entre las autoridades nacionales y las empresas licenciatarias (ver acta acuerdo del 17 de julio de 2000 y el proyecto de decreto presentado que, posteriormente, constituyó el texto del decreto 669/00) mediante el cual se ideó un mecanismo *ad hoc* que –aunque reconoció la situación de crisis económica y financiera que atravesaba el país y el impacto negativo que en la sociedad produciría un incremento de las tarifas– tuvo como consecuencia, por una parte, aplicar en lo inmediato, a partir del 1° de julio de 2000, el ajuste ("PPI") correspondiente al mes de enero del mismo año que había sido diferido, con más los intereses que bilateralmente se pactaron y, por la otra, si bien se difirió la aplicación a las tarifas de dicho ajuste entre el 1° de julio de 2000 y el 30 de junio de 2002, se previó la creación de un "Fondo de Estabilización" para su recupero y posterior traslado a las tarifas, incluyendo también el interés que las partes concordaron.

En especial, debe señalarse que no se desconoce el ejercicio de atribuciones y la aplicación de criterios que son de resorte exclusivo de la administración, si se repara en el hecho de que la suspensión del ajuste fue ponderada como razonable en tanto no fuera convocada una audiencia pública (ver fs. 90 vta./91 y lo expresado por el Defensor del Pueblo de la Nación a fs. 592) y, si bien es cierto que, en el criterio de los apelantes dicha audiencia no debe ser convocada porque no se trata de uno de los supuestos que la ley 24.076 exige taxativamente –aspecto sobre el cual no se abre juicio–, aquéllos sí han reconocido expresamente en la causa que es necesario "**...algún procedimiento previo de participación de los usuarios...**" –lo que en el caso no ocurrió– y que "**...la determinación del mecanismo más idóneo corresponde a las competencias exclusivas y excluyentes de la Administración**" (fs. 454/454 vta.). Basta, entonces, con observar la ausencia de todo ámbito de participación de los usuarios que los apelantes admiten como necesaria, para restar virtualidad a lo afirmado en el sentido de que hubo una "...indebida interferencia del poder judicial sobre la zona de reserva del Poder Ejecutivo..." (fs. 1283 vta.), zona de reserva que, por lo demás, se mantiene actualmente incólume, en especial, si se repara en las facultades que la ley de emergencia pública le confirió al Poder Ejecutivo Nacional en materia de renegociación de los contratos de servicios públicos (ver arts. 8° y 9° de la ley 25.561). Por otra parte, sustentar el gravamen irreparable en el hecho de que se ha desviado la finalidad del decreto 669/00, porque 'suspender' los efectos de dicho decreto implica 'suspender el diferimiento de ajustes' y, por lo tanto, beneficiar a las licenciatarias –quienes se habrían presentado al ENARGAS solicitando la aplicación de los ajustes diferidos–, importa apegarse a una literalidad un tanto impropia. En efecto, –con independencia de que toda obscuridad de un pronunciamiento debe ser subsanada mediante la vía del art. 166 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y de la extensión que la Administración le otorgue a la decisión impugnada al resolver aquellas presentaciones– los contenidos de las sentencias de las instancias inferiores revelan con claridad que la protección cautelar otorgada tuvo por finalidad enervar los "efectos" del decreto 669/00, en tanto en esa norma se establecieron mecanismos de ajustes de las tarifas que, en el criterio de los jueces, *prima facie*, eran inaceptables, de manera tal que no se advierte el "beneficio" que para las empresas licenciatarias representa el decisorio, lo cual se ve corroborado por los recursos que en esta causa han sido interpuestos por aquéllas. En consecuencia, no ha quedado debidamente acreditada la irreparabilidad del gravamen ni el supuesto de gravedad institucional que

los apelantes aducen (ver, lo expresado en los considerandos 5°, 6° y 9° de la presente).

Con especial referencia a esta última cuestión, es importante señalar que, al momento de emitir este fallo el Tribunal no puede desconocer que el Poder Ejecutivo Nacional ha dictado varias normas administrativas, las que –si bien exceden en cuanto a su contenido el asunto propuesto en esta causa– claramente ponen en evidencia la imposibilidad de argüir un peligro o perturbación en la correcta prestación del servicio público de gas pues, precisamente, aquellas normas autorizaron ajustes o readecuaciones de las tarifas –en forma transitoria y hasta tanto concluya el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos–, con el objeto de "garantizar a los usuarios la continuidad, la calidad y la seguridad" de dichos servicios (ver, vgr., los decretos 2437/02; 120/03; 146/03 y lo expresado en sus considerandos).

13) Que, por lo expuesto, no es posible equiparar a sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario federal, el pronunciamiento cuestionado en este caso, sin que, por las razones precedentemente desarrolladas, ello implique abrir juicio acerca del acierto o del error de la decisión impugnada.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declaran improcedentes los recursos extraordinarios interpuestos y se rechazan las quejas deducidas. Intímese al Estado Nacional y al ENARGAS a efectuar, cada uno de ellos 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. Decláranse perdidos los depósitos de los recursos de hecho D.7.XXXVIII (confr. fs. 1); del D.17.XXXVIII. (confr. fs. 240); y del D.590.XXXVII. (confr. fs. 189/192), se ordena el archivo de éstos. Con costas. Notifíquese y oportunamente devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. **Yolanda Mirta Eggink,** en representación del **Ministerio de Infraestructura y Vivienda y el Dr. Osvaldo Felipe Pitrau** en representación del **Ente Regulador del Gas (ENARGAS),** ambos con el patrocinio letrado del **Procurador del Tesoro de la Nación Dr. Ernesto Alberto Marcer.**
Recurso extraordinario interpuesto por **Transportadora de Gas del Norte S.A. (T.G.N.); Transportadora de Gas del Sur S.A. (T.G.S.); Distribuidora de Gas del**

Centro y Distribuidora de Gas Cuyana S.A., representados por los Dres. **Marcelo Brichetto, Cristian Dougall y Pablo Clusellas,** respectivamente y patrocinados por los Dres. **Alberto B. Bianchi y Ricardo Mihura Estrada.**
Recurso extraordinario interpuesto por **Litoral Gas S.A.,** representada por los Dres. **Juan P. Dirienzo y Adrián de Sosa.**
Recurso extraordinario interpuesto por **Gasnor S.A.,** representado por el Dr. **Ignacio Padualskis Simkus,** patrocinado por el Dr. **Carlos H. Franco.**
Recurso extraordinario interpuesto por **Gas Natural Ban S.A.,** representado por el Dr. **Gabriel E. M. Wilkinson,** patrocinado por el Dr. **Carlos Azubiaur y Miguel A. M. Teson.**
Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. **José Alejandro Lucero** en representación de **GASNEA,** con el patrocinio letrado de los Dres. **Juan Carlos Cassagne y Máximo Julio Fonrouge.**
Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. **Magdalena González Garaño,** en nombre y representación de **METROGAS S.A.,** con el patrocinio letrado de los Dres. **Juan Carlos Cassagne y Máximo Julio Fonrouge.**
Contesta el traslado el Defensor del Pueblo de la Nación **Dr. Eduardo Mondino,** con el patrocinio letrado **del Dr. Daniel J. Bugallo Olano.**
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° 8.**

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION v. PODER EJECUTIVO NACIONAL

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

Corresponde declarar mal concedido el recurso extraordinario y rechazar la queja si aquél no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

Los recurrentes no demostraron que la sentencia sea definitiva ya que, si bien sostuvieron que la decisión interlocutoria que rechaza las excepciones previas deducidas les ocasiona perjuicios irreparables y lo resuelto incide directamente y decisivamente sobre el interés de la comunidad, se limitaron a sostener –de modo escueto y dogmático– que el Defensor del Pueblo promovió una acción en la cual la lesión invocada es ostensiblemente abstracta, que dicho funcionario propone una acción sin que exista un perjuicio inminente y que sin lesión sobre derechos

no hay causa justiciable (art. 116 de la Constitución Nacional) (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

Ni el art. 86 de la Constitución Nacional ni la ley 24.284 permiten al Defensor del Pueblo fiscalizar la actividad formal o material del Congreso, sino que su ámbito de actuación se circunscribe a hechos, actos u omisiones de la administración (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

La primera regla que rige la interpretación de las normas jurídicas consiste en atenerse a las palabras utilizadas en su redacción (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

Resulta desatinado suponer que pese a los términos omnímodos utilizados por el convencional en el art. 86 de la Constitución Nacional –norma que específicamente crea el instituto del Defensor del Pueblo y le confiere "legitimación procesal–, lo que ha querido aquél es otorgarle solamente la legitimación procesal que le fue reconocida en el art. 43 de la Constitución Nacional para interponer el recurso de amparo (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

No cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

Si la acción de amparo es la única tutela a la que puede acudir el Defensor del Pueblo pero ésta, a su vez, no es la vía apta para resolver el conflicto planteado, sería letra muerta la legitimación procesal consagrada por la Constitución Nacional (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

Si bien las palabras o los conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de una norma, son en general simples manifestaciones de la opinión individual de los legisladores que las pronuncian, poseen especial relevancia y son fuente legítima de interpretación, las explicaciones, aclaraciones o informes de las comisiones parlamentarias encargadas del estudio de los proyectos que despachan, puesto que debe suponerse que ellas efectúan un examen minucioso y detenido del fondo y de la forma de dichos proyectos (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

En toda tarea de interpretación de normas es pertinente rastrear el espíritu que informa a aquéllas en procura de su aplicación racional, puesto que no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

Si la sustancia del planteo conduce a determinar el alcance de lo dispuesto en los arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por las posiciones del *a quo* o de las recurrentes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto controvertido (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

La primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

La Constitución, en su contenido de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás, pues sus normas, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Pretender sostener que el art. 86 de la Constitución Nacional debe ser interpretado a la luz del art. 43 conduce a un resultado que se aparta manifiestamente del rol que se le ha asignado al Defensor del Pueblo y de la misión llamado a ejercer en aras de la efectiva vigencia de los derechos y garantías fundamentales (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

La subordinación del art. 86 de la Constitución Nacional a la disposición del art. 43 del plexo de base importa crear una confrontación normativa entre textos de igual jerarquía, con el agravante de producirla entre una disposición de carácter general, que regla la incorporación, la naturaleza y la función de la figura, y otra

que reglamenta la intervención de aquélla en un supuesto específico como es la acción de amparo (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Quien tiene el deber de procurar determinado fin tiene el derecho de disponer los medios para su logro efectivo (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

Por aplicación del principio de supremacía constitucional, y en razón del carácter operativo del art. 86 de la norma fundamental, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales ha sido expresamente reconocida, por lo que debe interpretarse que ella le es otorgada para promover acciones en ejercicio de sus funciones, en todo aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales; su intervención responde a la facultad para promover acciones en las que la controversia se centra en la defensa del orden público, social y en la efectiva vigencia de los derechos fundamentales (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

Excluir la actuación del Defensor del Pueblo por la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

Carece de sustento constitucional y sería contradictorio reconocer que el art. 43 de la Constitución Nacional permite al Defensor del Pueblo cuestionar la constitucionalidad de una ley o norma y, al mismo tiempo, negarle la facultad cuando se trate de otro tipo de acción que, precisamente, por la diversa naturaleza respecto del amparo permite un examen exhaustivo de los hechos y normas cuestionados y que, probablemente, son la razón de la intervención del Defensor del Pueblo (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DEFENSOR DEL PUEBLO.

La legitimación reconocida al Defensor del Pueblo no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Defensor del Pueblo de la Nación promovió demanda ordinaria contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante, ENARGAS) por la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 41 y 96 de la ley 24.076, así como la nulidad de los arts. 96 y 41, apartado 3), del anexo I aprobado por el decreto 1737/92, del art. 9.4.1 y cc. de los anexos aprobados por el decreto 2255/92 y del decreto 669/00.

– II –

Las demandadas opusieron las excepciones previas de falta de legitimación activa y de falta de agotamiento de la vía administrativa, en los términos de los arts. 346 y 347 inc. 3° del C.P.C.C. y 24 inc. a) de la ley 19.549 respectivamente (fs. 314/321 vta.).

– III –

A fs. 1278, la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó las excepciones interpuestas.

Para así decidir, sostuvo que la legitimación debe ser entendida como la aptitud para actuar en un proceso ventilado ante una instancia judicial y que no existe argumento alguno que logre limitar, a un determinado tipo de proceso, las pretensiones que eventualmente articule el Defensor del Pueblo. Para reforzar su decisión, citó lo expresado por los doctores Belluscio y Bossert en Fallos: 321:1252 en orden a que el ejercicio del control de legalidad de las bases normativas que rigen la fijación de las tarifas no puede tener lugar en el marco limitado del amparo.

En cuanto a la falta de agotamiento de la vía administrativa, consideró que resulta aplicable al caso el art. 24, inc. a) de la ley 19.549.

– IV –

Disconforme, el Estado Nacional y el ENARGAS interpusieron el recurso extraordinario de fs. 1290/1316, que fue concedido en lo que respecta a la interpretación de normas federales y denegado en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1393), lo que motivó la presentación de la respectiva queja.

Sostuvo que ni el art. 86 de la Constitución Nacional, ni el art. 16 de la ley 24.284 confieren al Defensor del Pueblo aptitud procesal automática para peticionar la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 41 y 96 de la ley 24.076, por cuanto el primero sólo lo habilita para fiscalizar hechos, actos u omisiones de la Administración, sin extender sus facultades al control de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo.

Por su parte, afirmó que el Tribunal evaluó indebidamente lo que hace a la inconstitucionalidad, pues se trata de una pretensión anulatoria de un acto administrativo de alcance general (decreto 669/00), de tal forma que los hipotéticos damnificados de manera individual y personal son los únicos sujetos habilitados para cuestionar el acto que se postula como gravoso, en tanto solamente se encuentra habilitado para demandar en juicio quien demuestre una afección concreta y real y no meramente hipotética.

Asegura que la actora no cumplimentó los recaudos previstos en el art. 24 de la ley 19.549, que establece los requisitos exigidos para la impugnación de actos de alcance general.

Además, el constituyente de 1994 no atribuyó al Defensor libertad jurídica para elegir, discrecionalmente, el tipo de proceso por conducto del cual plantear una demanda en materia de derechos de los usuarios y consumidores. Específicamente predeterminó que, en los casos en que el ombusdman entable una acción cuyo objeto sea restablecer o preservar alguno de los derechos enumerados en el art. 43 de la Constitución Nacional, segunda parte, el cauce procesal es el amparo colectivo.

Estima que, como consecuencia de ello, el Defensor no tiene libertad de elegir entre el proceso ordinario y el amparo, ya que si se le hubiera querido otorgar una legitimación amplia e indistinta no hu-

biera tenido necesidad de incluirlo dentro de los legitimados del art. 43, pues hubiera bastado el enunciado contenido en el art. 86.

Por último, tacha de arbitraria la sentencia por falta de fundamentación suficiente; omisión del tratamiento de temas ineludibles, sustanciales y decisivos y por no ser una derivación razonada del derecho vigente.

– V –

Considero, *ab initio*, que el recurso extraordinario es procedente en lo formal al hallarse en cuestión la inteligencia dada a normas de naturaleza federal (arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional y el art. 24 inc. a) de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549) y haber sido la decisión del Tribunal Superior de la causa adversa al derecho que en ellas fundó el apelante (art. 14 de la ley 48) (Fallos: 316:1283).

– VI –

Creo conveniente tratar de manera conjunta los agravios expuestos, tanto el recurso extraordinario de fs. 1290/1316 como el de hecho deducidos ambos por el Estado Nacional y el ENARGAS, no sólo por razones de economía procesal sino, además, porque las impugnaciones traídas a conocimiento del Tribunal, referidas a la alegada arbitrariedad en que habría incurrido el *a quo*, las atinentes a la gravedad institucional y la interpretación de la cuestión federal, son aspectos que guardan entre sí estrecha conexidad (Fallos: 321:2764; 323:1625).

Es preciso recordar también que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del *a quo* ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 323:1491).

Debo señalar también que lo aquí discutido es solamente si el ombusdman tiene legitimación para promover esta acción mediante el proceso ordinario, sin adelantar opinión sobre el tema de fondo, en el que le cabría otro análisis que no corresponde en esta etapa efectuar.

– VII –

El artículo 86 de la Constitución Nacional establece que: "*El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la de defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas*".

"El defensor del pueblo tiene legitimación procesal".

Para establecer el alcance de la mención que al respecto contiene el artículo citado deben tenerse en cuenta las distintas pautas de interpretación de la ley que han sido reiteradamente señaladas por el Tribunal.

La primera de ellas es el dar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley (Fallos: 297:142; 299:93; 301:460; 302:1600). En esta tarea, no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (Fallos: 182:486; 296:253).

Es conveniente recordar, asimismo, las reglas para la interpretación de las leyes reseñadas en Fallos: 307:1018, que indican que debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Aquéllas también señalan que tal propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación, toda vez que ellos no deben prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; y advierten que la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 302:973; 312:1484).

En efecto, es principio reconocido desde antiguo por el Tribunal que, en la interpretación de las leyes, no es recomendable atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que avente

el riesgo de un formalismo paralizante, pues lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (Fallos: 300:417).

Por lo demás, debe ponderarse que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518; 307:993; 313:1149).

Conforme la jurisprudencia señalada, es menester recurrir a la intención de los convencionales constituyentes de 1994. La comisión especializada en aquellos temas ligados con los órganos de control confeccionó un despacho cuyo texto, acorde con las transcripciones taquigráficas, fue consensuado entre los bloques acreditados, y finalmente aprobado, con algunas modificaciones, en el pleno del despacho de la comisión redactora.

Así, en las sesiones plenarias de la Honorable Convención Constituyente de ese año, donde se aprobó la incorporación del artículo 86, el miembro del bloque justicialista, e informante del despacho de mayoría en la comisión de redacción, doctor Masnatta, dijo que el Defensor del Pueblo, más que un promotor de reclamos judiciales, es un investigador objetivo, un inspector de los asuntos públicos, un informante de la opinión pública que, sin duda, responde a un reclamo de exigencias sociales (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente del año 1994, sesiones plenarias del 13 de julio de 1994, pág. 4514).

Seguidamente, en esa sesión plenaria, la convencional por Salta, señora Figueroa, a fin de completar el informe del despacho de mayoría sostuvo que "*La legitimación procesal que hoy se incorpora dentro de esta norma constitucional facultando al defensor del pueblo a fin de iniciar procesos y denuncias para cumplir con su cometido, debe estar íntimamente relacionada con la naturaleza de su función, es decir, la agilización y la urgencia de las cuestiones a él sometidas y la defensa de los derechos individuales y colectivos, estando estrechamente ligado al despacho de la mayoría en cuanto a la Acción de Amparo, donde expresamente se lo legitima para presentar este tipo de acción. Es decir,* ***no nos imaginamos al defensor del pueblo iniciando un jui-***

cio ordinario, un juicio sumario, *sino actuando en aquellos casos en donde es indispensable iniciar una acción, a fin de lograr un efectivo y rápido resultado con relación a un derecho conculcado, violado o amenazado*" (énfasis agregado) (ver pág. 4516).

Por su parte, el señor convencional por Santa Fe, Natale, en las mismas sesiones plenarias, manifestó su inquietud por el alcance que se le daría a la legitimación del Defensor del Pueblo y expuso: "*Quiero puntualizar dos aspectos diferentes... del dictamen de comisión. El primero es aquel que le atribuye legitimación procesal al defensor del pueblo. Todos sabemos que la institución originaria –tantas veces recordada en esta sesión– en los países escandinavos no le atribuía esta característica al ombudsman; recién aparece en algunas legislaciones contemporáneas que sí le otorgan legitimación procesal para actuar*".

"Este tema debió ser pensado seriamente, porque si bien entiendo a los fanáticos del ombudsman –que quieren dar legitimación procesal para que pueda estar presente en todas las causas –también debe merituarse la circunstancia de incorporar un nuevo elemento, una nueva parte al proceso, con todo lo que ella significa: el Ministerio público, la Fiscalía, el eventual damnificado y ahora el defensor del pueblo, todos actuando dentro del proceso".

"Sabemos también que mientras más partes tiene el proceso más lento se torna, y mientras ello ocurra menos posibilidad habrá de que se obtenga una rápida y justa decisión, como cada justiciable tiene derecho a aspirar".

"*Por esta razón no planteo el tema desde un punto de vista conceptual o teórico. Creo que se puede dar o no legitimación procesal al defensor del pueblo. En definitiva, ésta es una cuestión de apreciación legislativa, de conveniencia y oportunidad para establecer la norma que lo instituya. Pero adviértase lo que puede significar* ***un elemento más dentro del proceso"*** (op. cit. pág. 4534).

Finalmente, estimo también importante lo dicho por el convencional por Mendoza, señor Armagnague, quien consideró a esta institución como un medio y una herramienta del ciudadano común para recurrir por los pequeños problemas que sufre en silencio. Puso el acento en la necesidad de que la persona que invista esta importante representación deba ser fundamentalmente dinámica (op. cit. 4543).

Agrega además, que "*...esta institución podrá solucionar los pequeños problemas* ***que ni siquiera tienen entidad judicial y que son nada más que administrativos. Por ello bien dice el despacho de mayoría que una de las funciones de la defensoría del pueblo es la de controlar el ejercicio de las funciones administrativas estatales.*** *Se trata de un remedio esencial contra* ***la mala administración, los actos irregulares y las omisiones de los funcionarios públicos***" (op. cit. pág. 4544).

"*Se le da* ***legitimación procesal*** *para que puedan actuar en los casos... referidos a* ***intereses colectivos*** *y a* ***ejercitar la representación de aquellos que no tienen forma de defender sus intereses***" (op. cit. pág. 4546).

Es evidente que esta figura se asemeja a la de un tramitador de los asuntos públicos, que carece de jurisdicción, pero investiga, critica, hace pública su opinión, recibe denuncias y las traslada al Congreso y a la opinión pública. Interviene como un auténtico control preventivo de la actividad administrativa.

A la luz de tales criterios hermenéuticos, queda claro –a mi modo de ver– que el verdadero propósito de los constituyentes, reflejado en la Constitución Nacional, fue el de dar legitimación procesal al Defensor del Pueblo, pero acotado a determinados procesos judiciales.

Ello es así, toda vez que, si bien mediante el art. 86 se le otorga legitimación procesal al Defensor, para reclamar en aquellos casos en los cuales resulten vulnerados derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental, ello debe entenderse en concordancia a lo establecido en el art. 43, según el cual la vía conferida es el amparo y no el proceso ordinario.

Existen, en consecuencia, dos normas constitucionales que delimitan su capacidad para obrar judicialmente, las cuales, aunque gozan de una amplitud considerable, no permiten la interposición de cualquier tipo de demandas por parte del Defensor del Pueblo.

– VIII –

Si bien lo anteriormente expuesto bastaría para revocar la sentencia apelada, creo oportuno agregar que, como ya fue señalado por

el Alto Tribunal, la ley 24.284 excluye expresamente del ámbito de competencia del órgano demandante al Poder Judicial (art. 16, párrafo segundo), y establece que si iniciada su actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención (art. 21) (Fallos: 321:1352; 323:4098).

De tal suerte, según se desprende de autos, a fs. 1226 surge constancia de que existiría otra causa judicial sobre la pretensión bajo estudio, que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, Secretaría 1, a cargo del Sr. Juez Federal, Dr. Ernesto L. Marinelli, caratulada "Díaz, Carlos José c/ Estado Nacional – M° de Economía–Dto. 669/00–Sec. de Energía–ENARGAS y otro s/ amparo (Expte. N° 25.158/2000).

En tales condiciones, lo establecido por las normas que regulan la actuación del Defensor del Pueblo, y lo sostenido por V.E. en Fallos: 321:1352 y 323:4098 bastarían también para rechazar su legitimación procesal en la presente causa.

– IX –

Por las razones dadas, considero que corresponde revocar el pronunciamiento de fs. 1278 y desestimar la demanda. Buenos Aires, 8 de julio de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. –P.E.N.– M°. E. – dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

Que el recurso extraordinario de fs. 1290/1316, que fue concedido en lo que respecta a la inteligencia de las normas federales y denegado en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional

(fs. 1393), lo que motivó la presentación de la queja respectiva, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara mal concedido el recurso extraordinario y se rechaza la queja deducida. Con costas. Intímese al Estado Nacional –M° de Infraestructura y Vivienda– y al ENARGAS, a efectuar, cada uno de ellos, 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 (D.11.XXXVIII.). Regístrese, notifíquese, archívese la queja y, oportunamente, devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

1°) Que el Defensor del Pueblo de la Nación promovió una demanda ordinaria contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 41 y 96 de la ley 24.076, así como la nulidad del art. 41, ap. 3) y del art. 96, del anexo I aprobado por el decreto 1738/92; del art. 9.4.1.1. y concordantes de los anexos aprobados por el decreto 2255/92 y del acta acuerdo suscripta el 17 de julio de 2000, que quedó plasmada en el texto del decreto 669/00. En sustancia, el cuestionamiento de dicho defensor consiste en que el reajuste de tarifas que las normas citadas prevén –y más concretamente el establecido por el acta acuerdo antes mencionado–, tomando como base indicadores del mercado internacional (esto es, el "P.P.I." o índice de precios del productor de bienes industriales que publica el Departamento de Trabajo del Gobierno de EE.UU.), constituye "...un esquema indexatorio..." que se opone al sistema instaurado por la ley de convertibilidad 23.928; vulnera el principio de la razonable rentabilidad que es propio de todo régimen de

tarifas y desconoce los derechos de los usuarios consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional, al habérsele negado a éstos toda participación en los aludidos ajustes (ver fs. 2/36).

2°) Que las demandadas opusieron al progreso de la acción, las excepciones previas de falta de legitimación activa por parte del Defensor del Pueblo de la Nación y de falta de agotamiento de la vía administrativa, en los términos de los arts. 346 y 347, inc. 3°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y del art. 24, inc. a, de la ley 19.549 (fs. 314/321). Dichas excepciones fueron rechazadas por el pronunciamiento de la jueza de primera instancia (fs. 1190/1194), el que fue confirmado por la sentencia de la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 1278).

3°) Que para así decidir el *a quo* consideró que es inequívoco el sentido de la cláusula contenida en el art. 86 de la Constitución Nacional cuando, en la parte pertinente, expresa que "El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal", pues al no efectuarse en la norma ninguna clase de distingo, no existe razón para sostener que "...la pretensión que eventualmente articule el Defensor del Pueblo de la Nación quede circunscripta a un determinado tipo de proceso", esto es, al amparo regulado por el art. 43 de la Constitución Nacional. Añadió que, sería inconsecuente negarle al aludido defensor la posibilidad de promover un proceso ordinario para discutir cuestiones como las que se examinan en este pleito, si, como ha sido señalado por los jueces Belluscio y Bossert en el precedente "PRODELCO" (Fallos: 321:1252), el control de legalidad relativo al procedimiento y a las bases normativas tenidas en cuenta en la fijación de las tarifas, "...no puede tener lugar en el marco limitado de un amparo...". Por último, al compartir el dictamen producido por la fiscalía de la cámara, consideró que en el caso se daba un supuesto de los que habilitan a prescindir del reclamo exigido por el art. 24, inc. a, de la ley 19.549 (fs. 1278 vta.).

4°) Que contra la sentencia el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas interpusieron el recurso extraordinario de fs. 1290/1316, que fue concedido en lo que respecta a la inteligencia de las normas federales y denegado en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1393), lo que motivó la presentación de la queja respectiva.

5°) Que los agravios de los apelantes pueden resumirse así: a) la cámara no advirtió que el Defensor del Pueblo de la Nación expuso

dos pretensiones claramente escindibles: una, la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso de la Nación (ley 24.076); otra, la anulación de un acto administrativo de alcance general (decreto 669/00). En relación con la primera expresa que, ni el art. 86 de la Constitución Nacional ni la ley 24.284, legitiman a aquel funcionario a fiscalizar actos provenientes de la actividad formal o material del Congreso, sino que su actuación se circunscribe, tal como reza la Constitución Nacional en su art. 86, a la "...defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, **ante hechos, actos u omisiones de la Administración**...", lo cual también fue establecido en el art. 16 de la ley 24.284, que exceptúa del ámbito de competencia del Defensor del Pueblo de la Nación al Poder Legislativo (fs. 1300 vta./1305). En consecuencia, en el juicio de los apelantes, el Defensor del Pueblo no está legitimado para iniciar, como lo hace en el caso, "...una acción declarativa de inconstitucionalidad contra los artículos 41 y 96 de la Ley N° 24.076" (fs. 1305 vta.). Con respecto a la segunda pretensión –anulación del decreto 669/00–, sostienen que la reforma constitucional de 1994 no atribuyó al Defensor del Pueblo de la Nación un poder discrecional para determinar la clase de proceso mediante el cual podría plantear sus pretensiones sino que, "**Cuando el Defensor interpone una demanda en defensa de los derechos de los usuarios –como ocurre en la especie– el medio judicial...[o] el tipo de proceso ya está predeterminado por la Constitución en el artículo 43 segunda parte...**", es decir, debe necesariamente acudir al amparo y no al proceso ordinario (fs. 1305 vta./1307); b) en otro orden de ideas, sostiene que en el caso, la "...lesión invocada [por el Defensor del Pueblo de la Nación] es ostensiblemente abstracta...", que "...sin lesión... no hay causa justiciable (art. 116 de la Constitución Nacional). A su vez, sin causa justiciable desaparece toda posible legitimación..." (fs. 1310 vta./1311); c) discrepa con la sentencia en cuanto, al compartir el criterio de la fiscal de cámara, entendió que en el caso existían razones peculiares que justificaban la dispensa del reclamo previsto por el art. 24, inc. a, de la ley 19.549; d) finalmente, tacha de arbitraria la sentencia por falta de fundamentación, omisión del tratamiento de cuestiones decisivas y por no ser una derivación razonada del derecho vigente.

6°) Que los apelantes en modo alguno han demostrado que la sentencia contra la cual dirigen sus impugnaciones es una sentencia definitiva, en los términos del recurso previsto por el art. 14 de la ley 48. En efecto, al respecto basta con advertir que, si bien sostuvieron que

la decisión interlocutoria que rechaza las excepciones previas deducidas, les ocasiona "...perjuicios irreparables" y lo resuelto "incide directamente y decisivamente sobre el interés de la comunidad" –fs. 1297–, al momento de fundar tal afirmación se han limitado a sostener –de modo escueto y dogmático– que, en el caso, el Defensor del Pueblo promovió "...una acción en la cual la lesión invocada es ostensiblemente abstracta..."; que dicho funcionario propone una acción sin que exista "...un perjuicio inminente" y, que "...sin lesión sobre derechos..., no hay causa justiciable (art. 116 Constitución Nacional). A su vez, sin causa justiciable desaparece toda posible legitimación para proponer en sede judicial, el control de constitucionalidad de una norma legal..." –fs. 1297 vta.–. Tal aseveración, por lo demás, resulta contradictoria con el expreso reconocimiento de los apelantes en el sentido de que el Defensor del Pueblo ha interpuesto una demanda en defensa de los derechos de los usuarios (ver fs. 1305 vta./1307) puesto que, si esto es así, es nítida la lesión o el perjuicio que a éstos les ocasionan las normas cuya nulidad e inconstitucionalidad se peticiona –en especial el acta acuerdo suscripta el 1° de julio de 2000 que quedó plasmada en el texto del decreto 669/00–, en tanto su dictado tuvo por consecuencia, por una parte, aplicar en lo inmediato, a partir del 1° de julio de 2000, el ajuste de tarifas ("PPI") correspondiente al mes de enero del mismo año que había sido diferido, con más los intereses que bilateralmente se pactaron y, por la otra, si bien se difirió la aplicación a las tarifas de dicho ajuste entre el 1° de julio de 2000 y el 30 de junio de 2002, se previó la creación de un "Fondo de Estabilización" para su recupero y posterior traslado a las tarifas, incluyendo también el interés que las partes firmantes de aquel acuerdo concordaron.

La deficiencia antes apuntada es más evidente aún, con respecto al rechazo de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 24 de la ley 19.549), pues respecto a este tópico nada han expuesto los apelantes y esta Corte ha sostenido en supuestos análogos al que se examina, que la decisión recurrida no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal, a los fines del recurso extraordinario (ver Fallos: 323:650).

7°) Que aunque lo expuesto sería suficiente para rechazar la pretensión de los apelantes, es pertinente destacar que –si por vía de hipótesis– se superara el obstáculo referido en el considerando anterior, aún así no podría prosperar la tesis de los apelantes en el sentido de que cuando el Defensor del Pueblo actúa en defensa de los derechos

de los usuarios, nuestro ordenamiento constitucional sólo le permite acudir al proceso de amparo (art. 43 de la Constitución Nacional) y no a un proceso ordinario como el iniciado en esta causa. En efecto, según se expondrá seguidamente, a ello se opone una correcta interpretación de lo expresado en el debate de la Convención Constituyente de 1994, las fuentes de la legislación comparada tenidas en mira por los constituyentes, la doctrina citada por éstos, como asimismo, la consultada por este Tribunal.

8°) Que, previo a dicho examen, corresponde efectuar una aclaración con respecto a lo manifestado en el recurso extraordinario –ver considerando 5° de la presente– acerca de que no puede admitirse una de las dos pretensiones expuestas por el Defensor del Pueblo –que a juicio de los apelantes sería claramente escindible de la restante–, esto es, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.076, pues ni el art. 86 de la Constitución Nacional ni la ley 24.284 permiten a aquel funcionario fiscalizar la actividad formal o material del Congreso, sino que su ámbito de actuación se circunscribe a hechos, actos u omisiones de la administración. Más allá de que el agravio no ha sido vertido al interponer las excepciones previas (ver escrito de fs. 314/321) y, en consecuencia, es fruto de una reflexión tardía que inhabilita su tratamiento (Fallos: 315:1169; 319:1818; 321:92; 322:206 y 1926), aquél traduce una segmentación de la pretensión que no parece ajustarse al objeto de esta demanda, puesto que la nulidad de las normas reglamentarias que se persigue en la causa tiene por sustento la alegación de que aquéllas conforman un sistema de indexación contrario a la ley de convertibilidad 23.928, lo cual, inevitablemente, conducirá al pertinente examen y decisión sobre la prelación y la constitucionalidad de dicha ley frente a la ley 24.076 o, a la inversa, de ésta ante aquélla.

9°) Que la reforma constitucional llevada a cabo por la Convención Nacional Constituyente de 1994, incorporó la figura del Defensor del Pueblo mediante el art. 86 de la Constitución Nacional, cuyo texto, en la parte pertinente, reza así:

“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

"El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal".

Por su parte, mediante la redacción dada al art. 43 de la Constitución Nacional, aquella convención otorgó rango constitucional al instituto del amparo que hasta entonces estaba reglado por ley. Al así hacerlo, habilitó expresamente al Defensor del Pueblo a ejercer la acción de amparo con respecto a específicos supuestos –en lo que aquí interesa– en los siguientes términos: "Podrán interponer esta acción... en lo relativo a los derechos que protegen... al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...".

10) Que toda vez que la primera regla que rige la interpretación de las normas jurídicas consiste en atenerse a las palabras utilizadas en su redacción, corresponde señalar que respetando la literalidad de la cláusula constitucional cuya inteligencia se cuestiona (art. 86 de la Constitución Nacional), puede observarse que dicha cláusula no limita ni restringe la legitimación procesal que le confiere al Defensor del Pueblo sino que –si se quiere, de un modo lacónico– se limita a expresar: "El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal". Parece entonces, cuanto menos desatinado, suponer que pese a los términos omnímodos utilizados por el convencional en el art. 86 de la Constitucional Nacional (norma que específicamente crea el instituto del Defensor del Pueblo y le confiere "legitimación procesal"), lo que ha querido aquél es otorgarle **solamente** la legitimación procesal que le fue reconocida en el art. 43 de la Constitución Nacional para interponer el recurso de amparo. En efecto, se oponen a esta clase de razonamientos, al menos, los siguientes obstáculos: a) Cabría preguntarse ¿cuál sería el sentido de incorporar a la Constitución Nacional una expresa disposición en materia de legitimación procesal del Defensor del Pueblo al regular este instituto (art. 86 de la Constitución Nacional) si, en rigor de verdad, dicha legitimación ya estaba contemplada en otra disposición que en forma genérica regula el instituto del amparo (art. 43 Constitución Nacional)?, o bien, ¿si sólo se trataba de una reiteración, no es más sensato suponer que el convencional así lo habría expresado recurriendo, por ejemplo, a fórmulas tales como: el Defensor del Pueblo tiene legitimación en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional?; b) por otra parte, una interpretación como la pretendida por los apelantes, implicaría lisa y llanamente ignorar la existencia del art. 86 de la Constitución Nacional, echando por tierra consolidados principios elaborados por el Tribunal en materia de

interpretación legislativa que son aplicables a la interpretación de las normas constitucionales, según los cuales no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor (Fallos: 310:195; 312:1614 y 1849; 313:132 y 1149; 314:458; 315:727; 319:1131; 320:2701; 321:2453 y 324:1481, entre otros); c) finalmente, es claro el mezquino resultado al que se arribaría, si se repara en el hecho de que temas como los aquí discutidos encierran, por lo general, asuntos de suma complejidad cuyo discernimiento excede aquélla vía rápida y expedita (así lo ha declarado esta Corte, por ejemplo, en el precedente "Provincia de Entre Ríos", –Fallos: 323:1825–), de manera tal que si la acción de amparo es la única tutela a la que puede acudir el Defensor del Pueblo pero ésta, a su vez, no es la vía apta para resolver el conflicto planteado, sería letra muerta la legitimación procesal consagrada por la Constitución Nacional.

11) Que el nutrido debate llevado a cabo en el seno de la convención constituyente, disipa toda duda acerca de cuál es el alcance del art. 86 de la Constitución Nacional y, a aquél, corresponde acudir, pues la Corte ha expresado que si bien las palabras o los conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de una norma, son en general simples manifestaciones de la opinión individual de los legisladores que las pronuncian (Fallos: 77:319), poseen especial relevancia y son fuente legítima de interpretación, las explicaciones, aclaraciones o informes de las comisiones parlamentarias encargadas del estudio de los proyectos que despachan, puesto que debe suponerse que ellas efectúan un examen minucioso y detenido del fondo y de la forma de dichos proyectos (Fallos: 318:676, voto del juez Petracchi, considerando 12 y los allí citados Fallos: 100:51 y 337; en especial, 114:298; 115:186). Asimismo, resulta de utilidad recordar que en toda tarea de interpretación de normas es pertinente rastrear el espíritu que informa a aquéllas en procura de su aplicación racional (Fallos: 312:802; 314:1042 y el allí citado; 320:521), puesto que según lo ha expresado esta Corte, no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél (Fallos: 322:1699).

12) Que el tratamiento del tema en examen fue encomendado a la Comisión de Sistemas de Control, quien confeccionó un despacho cuyo texto fue producto de un amplio consenso que resumió el parecer expuesto en "alrededor de cincuenta proyectos" (conf. Diario de Sesiones

de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe – Paraná, año 1994, Tomo II, pág. 1521). En el debate llevado a cabo en el seno de la convención, quedaron manifiestas dos circunstancias de suma importancia y bajo cuyo prisma debe ser examinada la figura consagrada en el art. 86 de la Constitución Nacional.

La primera, –como lo señaló la exposición del convencional Masnatta, miembro informante del despacho de mayoría– es la notable transformación que experimentó en el derecho comparado, la clásica figura del *ombudsman* tal como había sido concebida en sus orígenes por Suecia (1809) y los restantes países nórdicos, en lo referente a su denominación ("van cambiando los nombres según las latitudes"), como asimismo, en lo que concierne al contenido de su función ("a la vez que se va enriqueciendo el perfil de la figura") –ver Diario de Sesiones antes citado, Tomo II, pág. 1519–. En efecto, basta con señalar al respecto que, en el propio país de origen, la creación del cargo de "Justitieombudsman" en la Constitución de Suecia de 1809 –figura que reconoce remotos orígenes en los supremos representantes del Rey de los Siglos XVI y XVIII– pretendió balancear las amplias facultades concedidas a la corona otorgándole al parlamento la facultad de nombrar un *Ombudsman* que, en representación de aquél y en defensa de los derechos comunes e individuales, vigilara el modo en que los jueces y otros funcionarios del gobierno daban cumplimiento a las leyes y, acusara a aquellos que actuaban ilegalmente u olvidaban sus deberes. Esta misión, –que durante el Siglo XIX abarcó, básicamente, la supervisión de la actividad de los tribunales de justicia, de los fiscales, la policía y las prisiones– en el siglo posterior, se expandió a los abusos, injusticias o errores cometidos por otras áreas de la administración –con la consecuente necesidad de ampliar paulatinamente el número de "Ombudsmännen"–, al tiempo que se atenuó la facultad acusatoria, la que fue sustituida en los casos menos graves por la práctica de un "recordatorio" o recomendación al funcionario cuestionado (ver Donal C. Rowat, "The Ombudsman: Citizen's Defender", Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1973, México, págs. 41 a 97; en especial, págs. 39; 49; 57; 64/66; 71 y 76/77; ver Víctor Fairén Guillén, Revista de Estudios Políticos, N° 14 (Nueva Epoca), Madrid, marzo–abril 1980, págs. 21 a 63); Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, "El Control Parlamentario de la Administración (El Ombudsman)", Instituto Nacional de Administración Pública, Segunda Edición, Madrid, 1981, capítulo primero, págs. 37 a 57). Más clara aún es aquella transformación, si se compara –a título de ejemplo y entre muchísimos otros casos– la adecuación que a las distintas reali-

dades de cada país experimentó el llamado *ombudsman* luego de su introducción en los ordenamientos constitucionales de Suecia (1809) y Finlandia (1919), en países como Dinamarca (1953) y Noruega (1952/1962); en Gran Bretaña (el "Parliamentary Commissioner for Administration" –1967–); en Francia (el "Médiateur" –1973–); en Portugal (el "Provedor de Justica" –1976–) o en España (el "Defensor del Pueblo" –1978–), hasta su reciente adopción en las últimas décadas en los países de América Latina (ver José Anibal Cagnoni, "Control de la Administración: Ombudsman, Comisionado Parlamentario, Médiateur, Defensor del Pueblo", Editorial Universidad, Montevideo, Uruguay, 1995, capítulos I a IX; Héctor Fix Zamudio, "La protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales", Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982, capítulo sexto, págs. 281 a 343; Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, obra citada, capítulo primero a capítulo XI, págs. 37 a 197; el trabajo de Abad Yupanqui, Samuel B., en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie año XXIX, número 86, mayo-agosto 1996, páginas 401 y sgtes.

La segunda circunstancia, es la importancia que ha tenido para los convencionales –como fuente del derecho– la Constitución española de 1978, ordenamiento constitucional del que hemos adoptado la denominación de "Defensor del Pueblo" y en el que, como se verá, precisamente, una de sus características es la de haber adosado a la tradicional misión del Defensor del Pueblo (de investigación, crítica, disuasión, persuasión y control frente a la actuación de la administración), la de la protección de los derechos fundamentales mediante el reconocimiento de una legitimación procesal amplia pues, expresas disposiciones de esa constitución, no sólo conceden la facultad de interponer el recurso de amparo sino que también permiten que el Defensor del Pueblo interponga el de inconstitucionalidad (ver: Alberto Pérez Calvo, "El Defensor del Pueblo", en la obra "Comentarios a la Constitución Española de 1978", dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, tomo IV, en especial, págs. 545 a 571 y Manuel Aragón Reyes, "Legitimación en los Procesos Constitucionales", en la obra citada, 1999, tomo XII, en especial, págs. 258 a 268; ver también, en sentido similar, el antecedente de la Constitución de Portugal de 1976, en: Luis Silveira, "El Defensor del Pueblo en Portugal", en Revista de Estudios Políticos N° 60-61 (Nueva Epoca), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, abril-septiembre 1988, págs. 661 a 698). Aunque, por cierto, el esquema de la constitución española y el de la de nuestro país respon-

den a tradiciones jurídicas diferentes y, en consecuencia, no sería correcto predicar una analogía de ambos sistemas, lo cierto es que cualquiera fuese el alcance concreto que a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo se le reconozca en España –lo cual, incluso, es controversial según resulta de lo expuesto por el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia del 4 de octubre de 1990 (STC 150/1990)–, si algo es claro es que en el ordenamiento español expresamente se ha consignado que dicha legitimación no se limita a la interposición del recurso de amparo.

Tales circunstancias no pasaron inadvertidas en el debate sostenido en la Convención Constituyente, pues allí ha sido dicho con toda claridad que se incorporaba a la Constitución Nacional un Defensor del Pueblo "...a la usanza española", explayándose el convencional por la Provincia de Santa Fe, Lorenzo, en el siguiente sentido: "Vemos que este proyecto se asimila a la redacción y al espíritu de la inserción hecha por España en su Constitución en 1978, cuando en su artículo 54 establece esta figura dándole el cargo de Defensor del Pueblo y de defensor de los derechos establecidos en ese título, que justamente es el que se refiere a todos los derechos humanos y las garantías constitucionales. Pero la ley española avanza en su reglamentación y también le da al Defensor del Pueblo la legitimación procesal no sólo para las cuestiones inherentes a la Constitución sino también para representar al pueblo planteando recursos de inconstitucionalidad contra las propias normas que dicta el Poder Legislativo". "El hecho de tener ahora la denominación de Defensor del Pueblo significa que además de ejercer una cierta representación del Poder Legislativo va a defender específicamente los derechos de los ciudadanos cuando éstos tengan que ver con la comunidad. Y en esto hay que hacer una aclaración. Puede el Defensor del Pueblo defender derechos individuales en tanto y en cuanto ellos correspondan a derechos colectivos garantizados por la Constitución Nacional". "Esto necesariamente nos lleva a establecer en la norma la posibilidad de actuar ante la Justicia. Ello no va a generar, como aquí se ha dicho, un elemento de confusión judicial. Lo va a hacer, por supuesto, en función de lo que establezca la reglamentación legal para los casos en que precisamente no exista otra forma de representación y defensa de los intereses a que se tiene que abocar el Defensor del Pueblo" (ver, las intervenciones del convencional por la Provincia de Córdoba, Kammerath, y del convencional por la Provincia de Santa Fe, Lorenzo, ambos integrantes de la mencionada Comisión de Control, en el Diario de Sesiones citado, tomo II, págs. 1533/1536 y 1558, respectivamente).

A su vez, el convencional por la Provincia de Santa Cruz, Aguilar Torres (también integrante de la Comisión de Control), al relatar la experiencia existente en algunas provincias y en la Capital Federal con respecto a la figura del Defensor del Pueblo, señaló: "Justamente de esa experiencia es que ha nacido la necesidad de darle legitimación procesal. Sin lugar a dudas, va mucho más allá de constituirse en un simple denunciante", "...porque va a tener la oportunidad de ejercer acciones". "Asimismo, se habló del temor de que esta actividad pueda chocar con la que llevan a cabo otros organismos de control, como por ejemplo la que desarrollan los fiscales. Esto no es así, porque va a ser la ley la que determine con claridad cuál será el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo y hasta dónde va a llegar esa legitimación procesal. Pero si hubiera algún conflicto, en la medida en que esto tienda a defender derechos, en buena hora que eso suceda, porque lo que abunda no daña" (Diario de Sesiones citado, tomo II, págs. 1571 y 1572). En la misma línea de razonamientos, el convencional por la Provincia de Buenos Aires, Hitters, afirmó que "...al permitírsele al Defensor del Pueblo la posibilidad de tener legitimación activa en los procesos, se da la posibilidad al hombre, al ser humano, de plantear sus problemas ante el ombudsman y se ensancha la legitimación judicial, porque en este aspecto el ombudsman, como en España..., puede litigar" (Diario de Sesiones citado, tomo II, pág. 1578).

Si aún, alguna duda cupiere acerca de que en materia de legitimación procesal los convencionales han seguido, básicamente, el modelo de la Constitución de España de 1978 y, por lo tanto, que es incorrecto restringir la legitimación procesal tal como lo pretenden los apelantes, resulta sumamente esclarecedor lo expuesto en la inserción solicitada por la convencional Carrió. En efecto, en aquélla se expresó: "El texto sugerido tiene antecedentes en el artículo 144 de la Constitución de La Rioja, el art. 124 de la Constitución de Córdoba, y en el art... [54] de la Constitución de España". "La política constitucional que preside el texto sugerido tiene como criterios rectores los siguientes: 1°) La creación constitucional de un Defensor del Pueblo que, sin perjuicio de la actividad de los particulares y de las asociaciones privadas, se convierta en un eficaz control de los derechos constitucionales de los habitantes, de los intereses difusos y colectivos y que sean un eficaz contralor sobre la administración pública"; "2°) Que si bien debe entenderse como comisionado del Congreso de la Nación y deba rendir informes anuales ante él, goce de autonomía y no esté sujeto a instrucciones"; 3°) Que cuente con **legitimación procesal amplia** para la defensa de los derechos e intereses ante la administración de

justicia" (el resaltado no pertenece al texto original). A continuación, luego de referirse al origen histórico de la institución que se examina, en aquella inserción se hizo referencia al hecho de que "En España, el instituto del Defensor del Pueblo fue incorporado en la Constitución de 1978, cuyo art. 54 prescribe: 'Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales'". "Por su parte, el art. 162.1 a y b legitima al Defensor del Pueblo para interponer ante el Tribunal Constitucional los recursos de inconstitucionalidad y de amparo". Por último, con respecto a las funciones del Defensor del Pueblo, se expresó que la ley debería reconocerle una serie de facultades de crítica, investigación y control de la administración pública que fueron enumeradas y, en cuanto aquí interesa, se mencionó la facultad de: "f) Iniciar acciones y recursos judiciales contra la administración pública" (ver Diario de Sesiones citado, tomo II, págs. 1632 y 1633. Ver, asimismo, en las págs. 1631 y 1632, la inserción de la convencional Arellano, de la que también resulta que la legitimación procesal no se limita al recurso de amparo sino que la interposición de éste es sólo una de las opciones posibles).

13) Que frente a lo reseñado –que, además, fue avalado en el debate de la convención con la cita de doctrina nacional (vgr., Diario de Sesiones citado, tomo II, págs. 1519; 1580; 1633)–, alcanzan un valor más que relativo las expresiones vertidas por la convencional por la Provincia de Salta, Figueroa, única representante que ligó la legitimación procesal del Defensor del Pueblo a la vía rápida y urgente de la acción de amparo y a dicha vía parece haber ceñido toda posibilidad de impugnación judicial (ver Diario de Sesiones citado, tomo II, págs. 1523 y 1524).

14) Que, finalmente, corresponde señalar que si bien no todos los ordenamientos provinciales otorgan al Defensor del Pueblo legitimación procesal, varios de ellos lo hacen y sin restringirla a la sola interposición del recurso de amparo. Pueden citarse como ejemplos: en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Constitución de dicha ciudad (art. 137) y la ley 3, art. 13, inc. h; en la Provincia de Formosa, la ley 1065 (art. 9°, inc. c o en la Provincia de Río Negro, la ley 2756 (art. 9, inc. b. En cambio, los ordenamientos que únicamente le han reconocido al Defensor del Pueblo legitimación para interponer la acción de amparo, así lo han consignado en forma expresa y mediante cláusulas

que por su claridad de redacción no ofrecen duda alguna –vgr., en la Provincia de Santa Fe, la ley 10.396 (art. 24) o en la Provincia de San Juan, la ley 5765 (art. 1°)–.

Por ello, oído el señor Procurador General se rechaza el recurso extraordinario interpuesto y la queja deducida. Con costas. Intímese al Estado Nacional –M° de Infraestructura y Vivienda– y al ENARGAS, a efectuar, cada uno de ellos, 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 (D.11.XXXVIII.). Notifíquese, archívese la queja y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° y 5° del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti.

6°) Que, sin perjuicio de que la actual pretensión de las recurrentes encuentra un serio obstáculo en la doctrina de esta Corte según la cual las cuestiones federales resueltas durante la tramitación del litigio son susceptibles de conocimiento por el Tribunal en ocasión del recurso extraordinario que quepa deducir contra la sentencia final de la causa (Fallos: 303:1040), concurren en el *sub lite* otras circunstancias para la desestimación de aquélla, las cuales justifican su desarrollo en los considerandos siguientes. Esto es así, fundamentalmente, por las relevantes implicancias institucionales que, en éste y otros casos más, tiene la aplicación de las normas federales que el *a quo* –como lo admitió en el auto de concesión de fs. 1393– ha interpretado en sentido opuesto al postulado por las recurrentes.

Cabe señalar, a partir de ello, que si la sustancia del planteo conduce a determinar el alcance de lo dispuesto en los arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional, como sucede en el *sub examine*, el Tribunal no

se encuentra limitado en su decisión por las posiciones del *a quo* o de las recurrentes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto controvertido (Fallos: 323:2054, entre otros).

7°) Que la objeción formulada por los apelantes a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo requiere precisar el alcance de las normas constitucionales e infra constitucionales en la materia para permitir una interpretación que no entre en pugna con los principios y valores que llevaron a los constituyentes de 1994 a introducir la figura con jerarquía constitucional.

Es preciso destacar que la tesis de los apelantes sostiene que el ordenamiento constitucional y legal sólo habilita al Defensor del Pueblo a acudir al proceso del amparo del art. 43 de la norma fundamental en casos en los que representa a grupos de usuarios, quedando excluida la posibilidad de hacerlo en un proceso ordinario como el iniciado en esta causa.

Asimismo, se plantea la imposibilidad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma emanada del Poder Legislativo con fundamento en que el art. 86 de la Constitución Nacional y la ley 24.284 no permiten a aquel funcionario fiscalizar la actividad formal o material del Congreso, pues su ámbito de actuación se circunscribe a la esfera de la administración.

8°) Que para dirimir la cuestión cabe entonces recurrir no sólo al análisis armónico de los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional, sino también a los conceptos vertidos y a las fuentes invocadas al tratarse el tema en el debate de la Convención Nacional Constituyente. Asimismo, y teniendo en cuenta que los apelantes han invocado también la ley 24.284, corresponde analizar el alcance de la norma indicada, dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y luego modificada por la ley 24.379, para determinar el grado de compatibilización de aquéllas con lo dispuesto en los artículos de la norma fundamental.

Esta Corte ha sostenido desde antiguo que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino

que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador" (Fallos: 200:165). Ha establecido, asimismo, "que es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas" (Fallos: 120:372) y que "cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación" (Fallos: 211:1063). En definitiva "cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido" (Fallos: 95:327). Estas pautas han sido también pacíficamente seguidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (Mikva, Abner J.-Lane, Eric, An Introduction to Statutory Interpretation and the Legislative Process, Aspen Law&Business, 1997, pág. 9 y sgtes.), en cuyos pronunciamientos este Tribunal ha encontrado temprana y frecuente fuente de inspiración (Fallos: 1:317; 33:162). También ha afirmado este Tribunal que la Constitución, en su contenido de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás (Fallos: 167:121; 236:100), pues sus normas, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman (Fallos: 234:482). Que además, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (Fallos: 241:227; 244:129; 283:239; 326:1778). De allí es que no debe el intérprete, fundándose en otros principios, modificar los alcances que a esas instituciones pretendió darle el constituyente en el texto fundamental.

9°) Que la Convención Nacional Constituyente de 1994 incorporó la figura del Defensor del Pueblo en la segunda parte, título primero, capítulo séptimo, art. 86 de la Constitución Nacional, cuyo texto, en la parte que aquí interesa dispone:

"El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autono-

mía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

"El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal...".

A su vez, en el art. 43 de la norma suprema se otorga rango constitucional a la acción de amparo, instrumento procesal de carácter excepcional en razón de la naturaleza de la violación a los derechos fundamentales, lo que trae aparejado un procedimiento abreviado sin mayor debate y prueba. Dicha norma habilita expresamente al Defensor del Pueblo a ejercer la acción con respecto a supuestos particulares al disponer que "...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...".

10) Que, conforme ha quedado redactado el art. 86 de la Constitución Nacional, cuyo alcance e interpretación se cuestiona, ha sido voluntad final del constituyente reformador no limitar ni restringir la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. La norma en cuestión es la disposición que efectivamente crea la figura con rango constitucional, cuya función dentro del sistema debe ser analizada desde la literalidad de la norma y en relación con los motivos y los fines que su incorporación pretende satisfacer en orden a la naturaleza de los derechos, garantías e intereses que con tal institución se intenta resguardar dentro del sistema.

Pretender sostener que el art. 86 de la Constitución Nacional debe ser interpretado a la luz del art. 43 conduce a un resultado que se aparta manifiestamente del rol que se le ha asignado al Defensor del Pueblo y de la misión llamado a ejercer en aras de la efectiva vigencia de los derechos y garantías fundamentales.

La subordinación del art. 86 de la Constitución Nacional a la disposición del art. 43 del plexo de base importa crear una confrontación normativa entre textos de igual jerarquía, con el agravante de producirla entre una disposición de carácter general, que regla la incorpo-

ración, la naturaleza y la función de la figura, y otra que reglamenta la intervención de aquélla en un supuesto específico como es la acción de amparo.

Una interpretación como la pretendida por los apelantes incurre en contradicciones manifiestas ya que el criterio restrictivo de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo no contempla que la acción de amparo, en su condición de vía excepcional, no es admisible para el tratamiento de cuestiones que por su complejidad requieran mayor debate y prueba, tal como acontece en la presente causa, circunstancia que demuestra que si la convertimos en la única vía procesal habilitada para el Defensor del Pueblo, en la práctica el mandato constituyente del art. 86 se convierte en una mera declamación sin efectos constitucionales concretos.

Este Tribunal también ha sostenido reiteradamente que en materia de interpretación no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor (Fallos: 310:195; 312:1614 y 1849; 313:132 y 1149; 314:458; 315:727; 319:1131; 320:2701; 321:2453 y 324:1481, entre otros). Tales principios cobran especial relevancia cuando se trata de normas constitucionales de igual jerarquía, ello por aplicación del principio de supremacía consagrado en el art. 31 de la norma fundamental que obliga a compatibilizar las disposiciones de manera de obtener un resultado valioso, acorde en este caso con los propósitos que determinaron la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo, que se traduzca en una presencia institucional con fines determinados y que no se desprenda del principio preambular de afianzar la justicia. En el sentido expuesto esta Corte reconoció que quien tiene el deber de procurar determinado fin tiene el derecho de disponer los medios para su logro efectivo (Fallos: 304:1186; 322:2624; 325:723, entre otros).

11) Que, a los efectos de corroborar que los arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional disponen sobre aspectos claramente diferenciados y perfectamente compatibles, es oportuno recordar el debate llevado a cabo en la Convención Nacional Constituyente de 1994. Al respecto el miembro informante por el despacho de mayoría, originado en la Comisión de Sistemas de Control, doctor Masnatta, sostuvo que la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo responde a "...un tema de la moderna ciencia política que precisa integrarse a la

tripartición clásica de los poderes del Estado, con lo que se ha dado en llamar, tal vez con exceso, el moderno poder de control... En la búsqueda de una moral pública que Mitre exigía y calificaba como el pudor del pueblo, el ejercicio de los controles institucionales cobra mayor énfasis para acercar salud y credibilidad a los gobiernos y honestidad y eficiencia a la administración del sector público... es nada más ni nada menos que el abogado de la sociedad...". Luego de repasar los diversos modos de denominación en el derecho comparado hace referencia al origen de la figura en el sistema sueco y manifiesta que "el objetivo era contar con un mecanismo que no fuera parte de la administración y que además tuviera la confianza del pueblo para controlarla...". Por su parte, al caracterizar la actividad del Defensor del Pueblo, la sintetizó mediante los siguientes términos: "informar, inspeccionar, investigar, controlar, discutir públicamente, disentir, recomendar, exhortar, influir, criticar, censurar, accionar judicialmente, encuestar, proyectar y programar...".

A su vez la convencional por la Provincia de Salta, Figueroa, en referencia con los propósitos de control que guiaron la definición de la figura del Defensor del Pueblo, manifiesta que "oficia como un complemento al control jurisdiccional", y al definir su competencia ratifica la novedosísima incorporación en la norma constitucional de la facultad de iniciar acciones, es decir, que posee legitimación procesal. Asimismo va a intervenir en todas aquellas cuestiones en donde pueden verse afectados no sólo los derechos individuales de las personas sino también los colectivos. La mencionada convencional fue la única que ligó la legitimación procesal a la acción de amparo, poniendo el acento en la urgencia que seguramente demandaría en general la intervención del Defensor del Pueblo.

El convencional Pando, al tiempo de pronunciarse sobre la incorporación de la figura en el texto constitucional argentino sostuvo que "es la herramienta válida para esa cantidad de argentinos que no están en igualdad de posibilidades ni de condiciones en el nivel del uso y goce de sus derechos...".

El convencional por la Provincia de Santa Cruz, Aguiar Torres –integrante de la Comisión de Control– al referirse a la experiencia existente en algunas provincias y en la Ciudad de Buenos Aires respecto a la figura del Defensor del Pueblo, sostuvo que "Justamente de esa experiencia es que ha nacido la necesidad de darle legitimación

procesal. Sin lugar a dudas, va mucho más allá de constituirse en un simple denunciante... porque va a tener oportunidad de ejercer acciones". En idéntica línea, el convencional Hitters afirmó que "al permitírsele al Defensor del Pueblo la posibilidad de tener legitimación activa en los procesos, se da la posibilidad al ser humano, de plantear sus problemas ante el ombudsman y se ensancha la legitimación judicial, porque en ese aspecto, como en España, puede litigar...".

Si bien el tema de la legitimación procesal fue motivo de un profundo intercambio de opiniones, lo cierto es que finalmente la norma constitucional que se aprobó receptó algunas modificaciones a la redacción originaria, sugeridas a lo largo del debate, pero en lo que respecta a la legitimación procesal no sólo el criterio adoptado no sufrió alteración alguna sino que se profundizó en la formalización definitiva, lo que ratifica la voluntad del constituyente reformador de no limitarla (conf. Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 4511/4563).

Asimismo, del debate producido en la Convención Nacional Constituyente surge que el ordenamiento constitucional español fue el modelo seguido preferentemente para perfilar la figura en el sistema argentino, razón por la cual es importante revisar el alcance de la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo en aquel ordenamiento jurídico, sin que ello implique desconocer que la constitución española y la de nuestro país responden a tradiciones jurídicas diferentes y, en consecuencia, no corresponde identificar ambos sistemas.

En tal sentido, el art. 54 de la Constitución Española dispone que "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales". A su vez, el art. 162, ubicado en el título IX, del Tribunal Constitucional, dispone que está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo, entre otros, el Defensor del Pueblo. (incs. A y B, respectivamente).

A su vez, la ley reglamentaria española, denominada Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, dispone expresamente en el art. 29 que "El Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos

de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional" (arts. 32.1.b y 46.1 y 2).

Cabe recordar que el art. 53.2 de la Constitución Española establece que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional..." que, a tales efectos, el Tribunal se configura como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reglamenta la procedencia e interposición de aquel recurso y dispone que los supuestos que lo habilitan son: actos parlamentarios que no tengan "valor de ley" (art. 42 LOTC), actuaciones administrativas o vías de hecho, una vez agotada la vía judicial procedente (art. 43 LOTC) y aquellas violaciones de derechos y libertades que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional, agotados todos los recursos dentro de la vía judicial (art. 44 LOTC). Lo expuesto permite concluir que la legitimación que el ordenamiento español confiere al Defensor del Pueblo excede los márgenes de nuestra acción de amparo.

12) Que, conforme el alcance amplio de la legitimación procesal consagrada en el art. 86 de la Constitución Nacional corresponde revisar las disposiciones de la ley reglamentaria vigente, ya que dictada con anterioridad a la reforma de 1994, y modificada con posterioridad, su texto, o la interpretación que de él se efectúe, debe ser conforme a la norma fundamental, de manera de excluir un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente.

El Tribunal ha sostenido que la Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico del que es base normativa deben ser examinados como un todo coherente y armónico, en el cual cada precepto recibe y confiere su inteligencia de y para los demás. Ninguno puede ser estudiado aisladamente sino en función del conjunto normativo, es decir, como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad. Esa interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192; 316:2940; 320:875 y 2701, entre otros).

En tal sentido, una interpretación armónica con el texto constitucional indica que la ley reglamentaria argentina está regulando la actividad del Defensor del Pueblo en el ámbito puramente administrativo y con el objetivo de ordenar la tramitación de las posibles quejas presentadas ante él. En consecuencia, aquellas disposiciones que refieren a su competencia deben ser ponderadas en relación con sus facultades de investigación de acuerdo con el alcance dado al concepto de administración pública nacional que a tales efectos determina la primera parte del art. 14 de la ley. Por tal razón, el último párrafo de la norma indicada, al disponer que "Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad", no puede ser sino entendido como restricción de la capacidad de investigación administrativa en tales órganos. Restricción que no guarda relación alguna con la legitimación procesal para iniciar acciones judiciales.

En tal sentido, por aplicación del principio de supremacía constitucional, y en razón del carácter operativo del art. 86 de la norma fundamental, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales ha sido expresamente reconocida, por lo que debe interpretarse que ella le es otorgada para promover acciones en ejercicio de sus funciones, en todo aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales. Su intervención responde a la facultad para promover acciones en las que la controversia se centra en la defensa del orden público, social y en la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. La legitimación procesal encontrará sus límites en la defensa del interés colectivo y general.

13) Que en ejercicio de la legitimación constitucional reconocida, y a los efectos de precisar el alcance que corresponde asignar al art. 21 de la ley 24.284 y su modificación, cabe señalar que la limitación introducida por el legislador en el texto legal indicado al consignar que "Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención" debe entenderse referida exclusivamente a la representación del afectado directo sin que ello constituya óbice para su intervención en los supuestos que constituyen problemas generales capaces de afectar los intereses difusos o colectivos, ello de conformidad con el último párrafo del art. 21 y lo dispuesto en el art. 1° de la ley citada. Por tal razón, excluir la actuación del Defensor del

Pueblo por la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia.

14) Que una vez delineada la legitimación judicial del Defensor del Pueblo en los términos dispuestos por los arts. 43 y 86 de la norma fundamental y precisado el alcance de la ley 24.284 y su modificatoria 24.379, de manera de hacerla compatible con el texto constitucional, corresponde pronunciarse acerca de la pretensión de los recurrentes en el sentido que el Defensor del Pueblo estaría impedido de plantear la declaración de inconstitucionalidad de una norma –en el caso la de la ley 24.076– pues ni el art. 86 de la Constitución Nacional ni la ley 24.284 permiten a aquel funcionario fiscalizar la actividad formal o material del Congreso, sino que su ámbito de actuación se circunscribe a hechos, actos u omisiones de la administración.

La reforma constitucional de 1994 incorporó en el art. 43 de la norma jurídica de base la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas en las que se funda el acto u omisión lesiva de un derecho fundamental, estando habilitados para su cuestionamiento cualquier persona, disposición lo suficientemente amplia para no excluir al Defensor del Pueblo (primer párrafo de la norma constitucional indicada). A su vez, el segundo párrafo del art. 43 determina supuestos especiales e individualiza a los sujetos habilitados para interponer la acción de amparo, dentro de los cuales se encuentra el Defensor del Pueblo. En consecuencia, carece de sustento constitucional, y sería contradictorio, reconocer que aquella norma permite al Defensor del Pueblo cuestionar la constitucionalidad de una ley o norma y, al mismo tiempo, negarle la facultad cuando se trate de otro tipo de acción que, precisamente, por la diversa naturaleza respecto del amparo permite un examen exhaustivo de los hechos y normas cuestionados y que, probablemente, son la razón de la intervención del Defensor del Pueblo, lo que conducirá inevitablemente al análisis y decisión sobre la prelación de las normas invocadas y su adecuación o no a los preceptos constitucionales. La función del Defensor del Pueblo, la naturaleza de los derechos y garantías cuya protección le incumbe y los fines invocados para su incorporación institucional avalan la interpretación expuesta.

15) Que la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial

en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (Fallos: 310:2943; 311:2725; 318:1323, entre otros).

Por ello, oído el señor Procurador General se rechaza el recurso extraordinario interpuesto y la queja deducida. Con costas. Intímese al Estado Nacional –M° de Infraestructura y Vivienda– y al ENARGAS, a efectuar, cada uno de ellos, 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 (D.11.XXXVIII.). Notifíquese y, previo archivo de la queja, devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. **Yolanda Mirta Eggink,** en representación del **Ministerio de Infraestructura y Vivienda** y el Dr. **Osvaldo Felipe Pitrau** en representación del **Ente Regulador del Gas (ENARGAS),** ambos con el patrocinio del letrado del **Procurador del Tesoro de la Nación Dr. Ernesto Alberto Marcer.**
Traslado contestado por **el Defensor del Pueblo de la Nación Dr. Eduardo Mondino,** patrocinado por el Dr. **Daniel J. Bugallo Olano.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8.**

UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACION (U.P.C.N.)
v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que –al declarar la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 12.727– condenó a la demandada a cesar los descuentos salariales allí establecidos.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 33, inc. a, ap. 5, de la ley 24.946, corresponde dar intervención al Procurador General para que dictamine sobre la cuestión que, como de naturaleza federal, se invoca en el recurso ante la Corte Suprema (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Unión Personal Civil de la Nación (U.P.C.N.) c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo".

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo rechaza. Con costas por su orden (art. 68, segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que a juicio del Tribunal y con arreglo a lo dispuesto en el art. 33, inc. a, ap. 5 de la ley 24.946, corresponde dar intervención al señor Procurador General de la Nación a fin de que dictamine sobre la cuestión que, como de naturaleza federal, se invoca en el recurso ante esta Corte (Fallos: 316:713). Máxime cuando esta Corte ha adoptado ese criterio *in re* S.3116.XXXVIII "Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo" cuyos planteos presentan analogía con los efectuados en la presente.

Lo que así se declara. Notifíquese.

ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA TERCERA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que declaró la nulidad de la sentencia de condena dictada por el Consejo de la Magistratura y absolvió al recurrente del cargo de mal desempeño.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Doble instancia y recursos.

Los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos extraordinarios de orden local que les son llevados, no resultan, como regla, susceptibles de revisión en la instancia del art. 14 de la ley 48, y la tacha de arbitrariedad es especialmente restrictiva al respecto (Voto de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos locales en general.

Es ajena a las facultades de la Corte Suprema la discusión acerca de las atribuciones discernidas en las constitucionales locales a los respectivos órganos de poder, pues el Tribunal –en virtud de la reforma constitucional de 1860– carece de jurisdicción para entender respecto de las cuestiones que, según su esencia, constituyen conflictos de poderes locales, doctrina que encuentra sustento en lo dispuesto en los arts. 121 y siguientes de la norma fundamental y en la autonomía reconocida a los estados provinciales, que es derivación de la forma federal adoptada por nuestra Constitución (Voto de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

PROVINCIAS.

La protección y vigencia de las garantías debe buscarse dentro de los diversos resortes institucionales de la respectiva jurisdicción y por ello los conflictos entre autoridades locales deben hallar solución –jurídica y política– en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación (Voto de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

PROVINCIAS.

Las provincias conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional) y ejercen en

plenitud las facultades correspondientes a su calidad de estado autónomo, incluida la atribución de darse sus propias constituciones y de regirse por ellas (Voto de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

PROVINCIAS.

La competencia privativa y excluyente de la autoridad provincial para establecer el régimen de nombramiento y remoción de sus funcionarios deriva fundamentalmente de lo dispuesto por el art. 122 de la Constitución Nacional, norma que excluye categóricamente la intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales; consecuentemente, la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de juzgamiento de magistrados y funcionarios establecidos en las constituciones provinciales, fenece dentro del ámbito local de acuerdo con las normas que se hayan dictado al efecto (Voto de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por el Procurador General de la Provincia de Río Negro en la causa C.2609.XXXVIII 'Consejo de la Magistratura de la Tercera Circunscripción Judicial en: Pte. Superior Tribunal de Justicia s/ requerimiento' y por el Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro en la causa C.2329.XXXVIII 'Consejo de la Magistratura de la Tercera Circunscripción Judicial en: Pte. Superior Tribunal de Justicia s/ requerimiento', para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegación origina estas quejas, son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestiman las quejas. Intímese a los recurrentes para que en el plazo de cinco días efectúen el depósito que contempla el

art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

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

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO, DON JUAN CARLOS MAQUEDA, DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que el Consejo de la Magistratura de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro resolvió por mayoría de votos mediante sentencia transcripta en el Acta N° 36 del 19 de junio de 1998, imponer al juez de cámara II en lo Criminal y Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial de Río Negro, doctor Alejandro Ramos Mejía, la sanción de suspensión sin goce de haberes por el término de sesenta días a partir de la notificación, por considerarlo incurso en la causal de mal desempeño de sus funciones (arts. 17, 23 inc. a, y 24 inc. b, de la ley 2434).

2°) Que contra lo decidido –resoluciones 34/98 y 36/98– el doctor Ramos Mejía dedujo recurso de casación, en el que en definitiva se agravió de violaciones al debido proceso legal, sufridas durante la tramitación del procedimiento que concluyó con la sanción disciplinaria.

3°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro hizo lugar al recurso interpuesto, declaró la nulidad de la sentencia de condena dictada por el Consejo de la Magistratura y absolvió al recurrente del cargo de mal desempeño. Frente a lo resuelto, el presidente del Consejo de la Magistratura, III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro planteó ante esta Corte un conflicto de poderes en los términos del art. 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58 (causa B.1609 XXXVIII "Balladini, Alberto Italo s/ plantea conflicto

de poderes", de fecha 5 de septiembre de 2002), que fue desestimado por mayoría.

4°) Que, asimismo, contra la resolución del Superior Tribunal local, el Procurador General y el Fiscal de Estado de la provincia interpusieron sendos recursos extraordinarios federales que fueron desestimados por el *a quo*, el primero por defectos formales y el segundo por no ser parte el recurrente en el procedimiento de enjuiciamiento. Contra lo decidido los funcionarios dedujeron las presentes quejas.

5°) Que los recurrentes, además de la invocación de garantías constitucionales, afirman la gravedad institucional derivada de un exceso de competencia por el Superior Tribunal local en el análisis del enjuiciamiento "en desmedro de otro órgano de no inferior jerarquía como es el Consejo de la Magistratura", ello conforme a normas de la Constitución de la Provincia de Río Negro. En tal sentido, señalan que incumbe a este Tribunal analizar "la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes" y "la excedencia de atribuciones en las que estos puedan incurrir", y que el avance del poder jurisdiccional en desmedro de las facultades de los demás poderes constituye una de las hipótesis de mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.

6°) Que, corresponde señalar que por aplicación de las normas locales en la materia, una vez resuelto por el Consejo de la Magistratura enjuiciar al magistrado, debe correr vista al Procurador General de la Provincia de Río Negro a fin de que formule requisitoria o solicite el sobreseimiento del imputado (arts. 32, 34, 35, 41 y concordantes de la ley 2434). En este carácter el funcionario mencionado interviene en todo el procedimiento, tanto para aplicar la sanción de suspensión como para destituir al magistrado (art. 17 ley 2434).

Por otra parte, el art. 190 de la Constitución de la Provincia de Río Negro prescribe que el Fiscal de Estado "es parte necesaria y legítima en todo proceso en los que se controviertan intereses de la Provincia y en los que ésta actúa de cualquier forma". En este mismo sentido, la ley 88, reglamentaria de la norma constitucional mencionada, establece que el Fiscal de Estado es también representante de la provincia "como parte legítima en los juicios contencioso–administrativos, en los de carácter arbitral y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado, cualquiera sea su fuero o jurisdicción".

En tales condiciones, no se advierten –en principio– razones atinentes a la legitimación de los recurrentes que obsten a la admisibilidad de sus planteos recursivos ante este Tribunal.

7°) Que, sin embargo, en el *sub examine* concurren otras circunstancias decisivas que conducen a la desestimación de las quejas.

En efecto, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Corte, los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos extraordinarios de orden local que les son llevados, no resultan, como regla, susceptibles de revisión en la instancia del art. 14 de la ley 48, y la tacha de arbitrariedad es especialmente restrictiva al respecto (Fallos: 302:1221; 304:427; 306:885; 307:188; entre muchos otros).

En el caso, se trata de establecer si el Tribunal tiene facultad para resolver una discusión acerca de las atribuciones discernidas en las constituciones locales a los respectivos órganos de poder, y el alcance del ejercicio de aquéllas.

8°) Que, de la naturaleza de las cuestiones planteadas, surge con toda evidencia que se trata de un conflicto de poderes centrado en el ámbito de competencias del Consejo de la Magistratura y del Superior Tribunal de Justicia local en función de las disposiciones constitucionales provinciales y de las leyes dictadas en concordancia.

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, el Tribunal carece de jurisdicción para entender respecto de las cuestiones que, según su esencia, constituyen conflictos de poderes locales (Fallos: 259:11, considerando 1° y sus citas). Ello es así, porque en la reforma constitucional de 1860 se suprimió de la Constitución Nacional la atribución que confería a esta Corte jurisdicción para conocer y decidir los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia.

Esta doctrina, en definitiva, encuentra sustento en lo dispuesto en los arts. 121 y siguientes de la norma fundamental y en la autonomía reconocida a los estados provinciales que es derivación de la forma federal adoptada por nuestra Constitución.

Por la aplicación de la doctrina citada la protección y vigencia de las garantías deben buscarse dentro de los diversos resortes institucionales de la respectiva jurisdicción y por ello los conflictos entre

autoridades locales deben hallar solución –jurídica y política– en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación (Fallos: 136:147; 264:7; 291:384). Joaquín V. González sostenía: "Es regla de todo gobierno federativo, que estas cuestiones –los conflictos o disputas sobre derechos o atribuciones que pueden ocurrir entre los poderes internos de una misma provincia– corresponden al fuero local, ya para ser resueltas por el pueblo mismo, ya por el poder o los poderes que las respectivas constituciones hubiesen creado para ejercerlo, pues tal es el objetivo de ellas... Tal es el sentido de las palabras de la Constitución relativas a las Provincias: 'Se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas'; eligen sus funcionarios 'sin intervención del gobierno federal'; cada una 'dicta su propia constitución'; y tal fue el sentido de la reforma de 1860 que eliminó de entre las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, el decidir en los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma Provincia" (Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Estrada, 1897, págs. 770 y 771) (Fallos: 322:2247).

9°) Que, finalmente, cabe recordar que las provincias conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional) y ejercen en plenitud las facultades correspondientes a su calidad de estado autónomo, incluida la atribución de darse sus propias constituciones y de regirse por ellas (Fallos: 314:1459; 317:1195; 322:2817, entre otros).

La competencia privativa y excluyente de la autoridad provincial para establecer el régimen de nombramiento y remoción de sus funcionarios deriva fundamentalmente de lo dispuesto por el art. 122 de la Constitución Nacional, norma que excluye categóricamente la intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales; consecuentemente, la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de juzgamiento de magistrados y funcionarios establecidos en las constituciones provinciales, fenece dentro del ámbito local de acuerdo con las normas que se hayan dictado al efecto.

Por ello, se desestiman las quejas. Intímase a los recurrentes para que en el plazo de cinco días efectúen el depósito que contempla el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Hágase saber y archívense.

ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recursos de hecho interpuestos por **el doctor Hugo F. Mántaras (Procurador General de la Provincia de Río Negro) y por el doctor Sergio Gustavo Ceci (Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro).**
Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Consejo de la Magistratura de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.**

JOSE ALBERTO NALLAR v. DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Doble instancia y recursos.

Si bien lo atinente a las facultades de los tribunales provinciales, al alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio es materia que no puede reverse en la instancia del art. 14 de la ley 48, tal regla reconoce excepción cuando la decisión respectiva se aparta de las constancias de la causa y de los términos de la litis y traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional con menoscabo del derecho de defensa en juicio garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.

El pronunciamiento que, si bien declaró la competencia del juez de primera instancia mediante argumentos suficientes de derecho público local, confirmó el rechazo de la excepción de inhabilidad de título resuelta por aquel magistrado –y la consiguiente condena– sin dar fundamento alguno para ello ni examinar los agravios expuestos sobre el punto por el demandado al apelar dicha sentencia, comporta un claro apartamiento de los hechos de la causa y del contenido de las pretensiones de las partes, con grave violación del principio de congruencia y el derecho de defensa de la administración.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.

Corresponde desestimar el recurso extraordinario cuyo principal argumento se funda en la extralimitación en que habría incurrido el *a quo* al confirmar lo resuelto por el magistrado de primera instancia, que había desestimado las excepciones de incompetencia, prescripción e inhabilidad de título, sin que las dos últimas fueran objeto de examen por los tribunales que posteriormente intervinieron, puesto que ellos únicamente se pronunciaron sobre la cuestión de competencia planteada, sobre todo si los planteos se han hecho en el marco de un juicio

ejecutivo, cuya sentencia no es definitiva, ya que puede revisarse en juicio ordinario posterior y no se encuentra acreditado el agravio irreparable (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 40/42 del Expte. N° 1740, agregado a la queja (foliatura a la que me referiré en adelante), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, al revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (Sala II), confirmó lo decidido en primera instancia respecto de la competencia del fuero civil y comercial para entender en el proceso de ejecución de la sentencia dictada en la causa N° 356/70, que tramitó ante la jurisdicción originaria local.

Para así decidir, consideró que la Provincia ejecutada no articuló la excepción de incompetencia al contestar demanda ni al interponer recurso de apelación, pues la defensa opuesta se inspiró en "la preexistencia de un trámite administrativo inconcluso" a cuyos términos debió ceñirse el acreedor y, sin embargo, la Cámara resolvió la incompetencia en razón de la materia, sin atender al fundamento esgrimido por el demandado para justificar su postura. Añadió que, por la entidad de lo decidido, se ocasiona al demandante un agravio irreparable y que, además, se configuró un apartamiento irrazonable e injustificado de las defensas opuestas por la Provincia, lo que constituye una vulneración del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio del ejecutante. Finalmente, concluyó que lo decidido reviste mayor gravedad porque la Cámara no se circunscribió a declarar la incompetencia sino que revocó íntegramente lo resuelto en la instancia anterior.

– II –

Disconforme, la Provincia de Jujuy interpuso el recurso extraordinario de fs. 49/64 que, denegado, dio origen a la presente queja.

Sostiene que el pronunciamiento prescinde del derecho federal aplicable al caso (ley 23.982 y decreto 88-E-91) y que contradice su propia doctrina legal al declarar la competencia de un juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial en un juicio donde se pretende la entrega de títulos de consolidación de la deuda pública provincial, materia que corresponde al fuero contencioso administrativo y que debe culminar con el pertinente trámite administrativo. Destaca que el tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia, se excedió en su jurisdicción, toda vez que la Cámara que la revisó y revocó se limitó a resolver la cuestión del órgano judicial competente para entender en el proceso y, por lo tanto, no se trataron las defensas de fondo propuestas por la Provincia respecto de la prescripción e inhabilidad de título (art. 18 de la Constitución Nacional).

Señala que se afirmó en el fallo, primero, que la excepción de incompetencia no fue opuesta por la demandada en las etapas procesales oportunas y, seguidamente, que dicha defensa "se inspiró en la existencia de un trámite administrativo al que el ejecutante debía ceñirse". Tales afirmaciones resultan contradictorias entre sí y, además, no se adecuan a las constancias de la causa, de las cuales surge que dicha excepción efectivamente fue introducida en todas las instancias.

– III –

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente inadmisible, en cuanto sostiene que se halla en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (leyes 23.982 y 25.344, a las cuales la Provincia se adhirió mediante el decreto 88-E-91 y la ley local 5238, respectivamente), toda vez que, sin perjuicio de que la demanda fue interpuesta a fin de obtener la entrega de los bonos de consolidación por el importe correspondiente a la sentencia dictada en el Expte. N° 356/70 antes mencionado, nada se ha resuelto sobre el punto, sino que lo que se encuentra en juego es el alcance del pronunciamiento dictado por el *a quo* en torno de la competencia de los tribunales provinciales en lo Civil y Comercial para entender en este proceso de ejecución.

– IV –

Sentado ello, cabe recordar que las cuestiones de derecho procesal y público local son propias de los jueces de la causa y ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria, al igual que la determinación de

las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes, por ser de índole fáctica y procesal.

A mi modo de ver, tales principios resultan aplicables al *sub lite*, toda vez que, contrariamente a lo que alega el apelante, no se advierte la configuración de un supuesto de arbitrariedad que habilite a hacer una excepción a dicha regla.

En efecto, como surge de los términos del recurso deducido, su principal argumento se funda en la extralimitación en que habría incurrido el *a quo* al confirmar lo resuelto por el magistrado de primera instancia, que había desestimado las excepciones de incompetencia, prescripción e inhabilidad de título, sin que las dos últimas fueran objeto de examen por los tribunales que posteriormente intervinieron, puesto que ellos únicamente se pronunciaron sobre la cuestión de competencia planteada.

Al respecto, procede señalar que la jurisdicción de los tribunales que resuelven apelaciones se encuentra limitada por el alcance de los recursos concedidos, pues de lo contrario se quitaría a las partes la oportunidad de plantear los argumentos que estimen conducentes, con mengua de las garantías constitucionales de defensa y de propiedad. En virtud de ello, la resolución del Superior Tribunal provincial, que hizo lugar al recurso interpuesto, revocó la sentencia de la Cámara y confirmó el decisorio de primera instancia, se encuentra circunscripta, naturalmente, a la competencia de los tribunales locales en lo Civil y Comercial para entender en la ejecución promovida, puesto que, frente a los términos del fallo de la instancia anterior y a los agravios expresados por la actora, limitados exclusivamente a dicha cuestión, el *a quo* carecía de facultades para expedirse respecto de las restantes defensas, que deberán ser propuestas y examinadas en la oportunidad que corresponda.

En tales condiciones, las quejas planteadas sólo traducen la mera disconformidad de la apelante respecto de aspectos procesales de la ejecución intentada, pues no se observan defectos graves de razonamiento o fundamentación que pueda merecer amparo en la doctrina de la arbitrariedad.

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar la queja interpuesta. Buenos Aires, 18 de agosto de 2004. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: Recurso de hecho deducido por la Provincia de Jujuy en la causa "Nallar, José Alberto c/ Estado provincial – Dirección Provincial de Vialidad" para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, al hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Estado provincial, declaró la incompetencia del juez de primera instancia y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por éste mediante la cual –tras rechazar las excepciones de incompetencia, inhabilidad de título y prescripción– había condenado a dicha parte a entregar a la actora los títulos provinciales que reclamaba. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia, a su vez, revocó lo decidido por la cámara y confirmó el pronunciamiento de primera instancia. Contra la resolución de la máxima instancia judicial de Jujuy, el Estado provincial interpuso el recurso extraordinario –cuya denegación originó la presente queja– que fue declarado formalmente admisible por esta Corte el 30 de marzo de 2004.

2°) Que los agravios de la recurrente suscitan cuestión federal suficiente para su consideración por la vía intentada, pues si bien lo atinente a las facultades de los tribunales provinciales, al alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio es materia que no puede reverse en la instancia del art. 14 de la ley 48, tal regla reconoce excepción cuando –como en el caso– la decisión respectiva se aparta de las constancias de la causa y de los términos de la *litis*, y traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional con menoscabo del derecho de defensa en juicio garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 320:2653; 324:77, entre otros). Asimismo, el pronunciamiento, aun dictado en el trámite de ejecución, es equiparable a sentencia definitiva por causar al recurrente un agravio no susceptible de reparación ulterior (confr. Fallos: 324:826 y 325:1961, entre otros).

3°) Que ello es así pues la Corte provincial, si bien declaró la competencia del juez de primera instancia mediante argumentos suficien-

tes de derecho público local, ajenos como regla a la instancia del art. 14 de la ley 48, confirmó asimismo el rechazo de la excepción de inhabilidad de título resuelta por aquel magistrado –y la consiguiente condena– sin dar fundamento alguno para ello ni examinar los agravios expuestos sobre el punto por el demandado al apelar dicha sentencia. Tal razonamiento comporta un claro apartamiento de los hechos de la causa y del contenido de las pretensiones de las partes, con grave violación del principio de congruencia y el derecho de defensa de la administración. En efecto, la decisión, en dichos términos, deja firme sin dar razón de ello, el rechazo de la defensa de inhabilidad de título, que no fue resuelta por la cámara, a pesar de haber sido articulada en tiempo y forma por el Estado provincial.

4°) Que, en tales condiciones, corresponde admitir el remedio federal, pues la falencia que traduce la sentencia pone de manifiesto una lesión a la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional y en tal medida guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales invocadas.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal subrogante, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado 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 a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Carmen M. Argibay (*en disidencia*).

Disidencia de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

Que comparto los argumentos del señor Procurador Fiscal subrogante (fs. 145/146), a los que remito en homenaje a la brevedad. Asimismo advierto que estos planteos se han hecho en el marco de un

juicio ejecutivo, cuya sentencia no es definitiva, ya que puede revisarse en juicio ordinario posterior, y no encuentro acreditado el agravio irreparable que permitiría abrir el recurso extraordinario como excepción.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario interpuesto. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho por denegación de recurso extraordinario, interpuesto por **el demandado, Fiscal de Estado de la Provincia de Jujuy,** representado por la **doctora María Alejandra Ahmad.**
Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy y Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4.**

LA CABAÑA S.A. v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

En la medida en que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian.

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Si no se han acompañado al proceso los requerimientos de pago y sus contestaciones ni tampoco se intentó demostrar por otros medios de prueba la existencia de actos concretos de la Dirección de Rentas de la provincia demandada dirigidos a gravar las actividades, es la propia actora quien desistió de la prueba informativa y el agravio resulta entonces conjetural e hipotético, ya que no se probó comportamiento alguno configurativo del requisito del acto en ciernes que pueda válidamente originar una relación jurídica concreta con la demandada.

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La pretensión tendiente a obtener una declaración general y directa de inconstitucionalidad de la norma sancionada por la legislatura local, no constituye "causa" o "caso contencioso" que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 7/12, La Cabaña S.A. promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que se le pretende aplicar sobre la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros y anexos que desarrolla, por infringir los arts. 31 y 67, inc. 12, de la Constitución Nacional y el régimen de coparticipación federal.

Según explicó, es permisionaria de la Subsecretaría de Transportes del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación para la prestación de los servicios públicos de transporte interjurisdiccional de pasajeros y afines, bajo el régimen de la ley 12.346 y sus modificatorias.

Especificó que las tarifas vigentes, desde el inicio de sus actividades hasta el presente, fueron fijadas por ese organismo sin contemplar en su cálculo la incidencia del tributo cuestionado. En tales condiciones, consideró aplicable la doctrina de Fallos: 308:2153 y solicitó que se declare que el gravamen local configura un supuesto de doble imposición, reñido con el inc. b) del art. 9° de la ley de coparticipación federal, ante la imposibilidad de su traslación, encontrándose la actora sujeta al impuesto a las ganancias (ley 20.628 y sus modificaciones).

– II –

A fs. 15/17, V.E., de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 14, declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y a fs. 20 corrió traslado de la demanda.

– III –

A fs. 42/43, al contestar dicho traslado, la Provincia afirmó que la actividad de transporte de pasajeros está sujeta a la gabela local y, cuando se desarrolla en diversas jurisdicciones, es aplicable el Convenio Multilateral, al que adhirió mediante su ley 8960, con el fin de armonizar y coordinar aspectos relativos al impuesto sobre los ingresos brutos así como evitar la doble imposición.

Aseveró que el Congreso Nacional ha habilitado expresamente la superposición de este tributo con los nacionales coparticipables, mediante el art. 9°, inc. b), cuarto párrafo, de la ley 23.548. En tales condiciones, tachó de abstracto al análisis de la imposibilidad de traslación del impuesto cuestionado, con fundamento en su no inclusión dentro de la estructura tarifaria y añadió que tal extremo debería ser planteado ante la autoridad que la fija.

A continuación recordó –con fundamento en la doctrina de Fallos: 306:516– que el entonces art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional no fue concebido para invalidar absolutamente todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial sino que sólo alcanza a preservarlo de los impuestos discriminatorios y de aquellos que dificultan o impiden la libre circulación, hipótesis que –en su criterio– no se verifican en el *sub lite*.

Por último, puso de resalto que la actora consintió "*durante casi diez años la jurisdicción provincial y la liquidación del impuesto*" que ahora cuestiona, lo que torna extemporánea e improcedente la pretensión esgrimida.

– IV –

Pienso que V.E. sigue teniendo competencia para entender en el presente, a tenor de lo dictaminado a fs. 14.

– V –

En mi concepto, la circunstancia de que la radicación del proceso haya de materializarse ante los estrados del Tribunal (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) no importa un pronunciamiento sobre la

admisibilidad de la acción, a cuyo efecto es necesario considerar, además, si la demandada cumple con los requisitos que el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece como condicionantes de la posibilidad de entablar acciones meramente declarativas (Fallos: 304:310 y su cita).

Al respecto, según reiterada doctrina de V.E., siempre que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian (Fallos: 318:2374, cons. 5°, entre muchos otros).

En tal sentido, La Cabaña S.A. manifestó que la acción intentada tiene su origen en "*...el formal y explícito reclamo formulado, por la Dirección General de Rentas, dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, a la empresa actora, para que proceda a abonar en impuesto local a los Ingresos Brutos por las actividades que desarrolla...*" que afirmó haber replicado sosteniendo la inexigibilidad del tributo (confr. pto. b, fs. 8). Estos elementos –en su criterio– configurarían el requisito de "*acto en ciernes*", exigido por la jurisprudencia del Tribunal para la admisibilidad de este tipo de vía preventiva (L.34, L.XXIII, "La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.C.I.I.F. c/ Chaco, Provincia del s/ acción declarativa", sentencia del 30 de septiembre de 1993; Fallos: 316:2206, entre otros).

Sin embargo, debo observar que –contrariamente a lo que era menester– no adjuntó los citados requerimientos y/o sus contestaciones, ni tampoco intentó demostrar, por otros medios, la existencia de actos concretos de la Dirección de Rentas de la demandada, dirigidos a gravar las actividades *sub examine*.

Desde esta perspectiva, y ante la oposición de la Provincia a la procedencia de la vía intentada (pto. 1, fs. 42 y fs. 97/98), pienso que el agravio traído resulta así conjetural o hipotético, ya que no probó comportamiento alguno configurativo del requisito del "*acto en ciernes*", que pueda válidamente originar una relación jurídica concreta con la accionada que inmediatice su gravamen (arg. L.373, L.XXXIX, *in re*, "La Cabaña S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 2 de diciembre de 2003).

En tales condiciones, la pretensión deducida, tendiente a obtener una declaración general y directa de inconstitucionalidad de la norma sancionada por la legislatura 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, *in re*, "Contreras Hermanos y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 19 de agosto de 1999 y Fallos: 319:2642).

Opino, por tanto, que corresponde rechazar la presente acción, en cuanto pretende la declaración genérica de inconstitucionalidad de la ley 8960 de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, 6 de septiembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "La Cabaña Sociedad Anónima c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) A fs. 7/12, La Cabaña S.A. promueve demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que se le pretende aplicar sobre la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros y anexos que desarrolla, por infringir "los arts. 31 y 67, inc. 12, de la Constitución Nacional" y el régimen de coparticipación federal.

Señala que es permisionaria de dicha actividad en virtud de la autorización conferida por la Subsecretaría de Transportes del "Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación" para la prestación del servicio referido de pasajeros y afines, bajo el régimen de la ley 12.346 y sus modificaciones.

Especifica que las tarifas vigentes, desde el comienzo de sus actividades hasta el presente, fueron fijadas por ese organismo sin contemplar en su cálculo la incidencia del tributo cuestionado. En tales condiciones, considera aplicable la doctrina de Fallos: 308:2153 y soli-

cita que se declare que el gravamen local configura un supuesto de doble imposición, reñido con el inc. b del art. 9° de la ley de coparticipación federal, ya que resulta imposible su traslación, y la actora se encuentra sujeta al impuesto a las ganancias (ley 20.628 y sus modificaciones).

II) A fs. 42/43, la provincia contesta la demanda y solicita su rechazo.

Sostiene que la actividad de transporte de pasajeros está sujeta a la gabela local, y al desarrollarse la actividad en diversas jurisdicciones resulta aplicable el Convenio Multilateral al que adhirió mediante su ley 8960, que tiene como propósito, armonizar y coordinar aspectos relativos al impuesto sobre los ingresos brutos, y evitar la doble imposición.

Asimismo afirma que el Congreso Nacional ha habilitado expresamente la superposición de este tributo con los nacionales coparticipables, mediante el art. 9°, inc. b, cuarto párrafo, de la ley 23.548. En tales condiciones, considera abstracto al examen referente a la imposibilidad de traslación del tributo con fundamento en su no inclusión en la fijación de la tarifa.

Arguye –con fundamento en la doctrina de Fallos: 306:516–, que el entonces art. 67, inc. 12 de la Constitución Nacional no fue concebido para invalidar absolutamente todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial, sino que sólo alcanza a preservarlo de los impuestos discriminatorios, y de aquellos que dificultan o impiden la libre circulación, hipótesis que –a su criterio– no se verifica en el *sub lite*.

Finalmente, destaca que la actora consintió "*durante casi diez años la jurisdicción provincial y la liquidación del impuesto*" que ahora cuestiona, lo que torna extemporánea e improcedente la pretensión esgrimida.

Considerando:

1°) 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).

2°) Que a los fines de pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción intentada es necesario comprobar si se han cumplido los requisitos que establece el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En ese sentido, cabe recordar que, en la medida en que la cuestión no tenga un carácter simplemente consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, la acción declarativa constituye un recaudo apto para intentar que se eviten los eventuales perjuicios que se denuncian (Fallos: 318:2374, considerando 5°, entre muchos otros).

3°) Que en ese aspecto la actora sostiene que la acción intentada tiene su origen en "...el formal y explícito reclamo formulado, por la Dirección General de Rentas, dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires... para que proceda a abonar en impuesto local a los ingresos brutos por las actividades que desarrolla..."; lo que motivó que se haya visto obligada a contestar el reclamo sobre la base de considerar inexigible el tributo (confr. pto. b, fs. 8).

Tales elementos, según sostiene, configurarían el requisito de "*acto en ciernes*", exigido por la jurisprudencia del Tribunal para la admisibilidad de este tipo de acción declarativa (L.34.XXIII. "La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.C.I.F. c/ Chaco, Provincia del s/ acción declarativa", sentencia del 30 de septiembre de 1993; Fallos: 316:2206, entre otros).

4°) Que no obstante lo expuesto, es preciso poner de resalto que, contrariamente a lo que correspondía, no se han acompañado a este proceso los referidos requerimientos de pago y sus contestaciones; ni tampoco se ha intentado demostrar por otros medios de prueba la existencia de actos concretos de la Dirección de Rentas de la demandada dirigidos a gravar las actividades *sub examine*. En tal sentido es dable indicar que fue la propia actora quien desistió de la prueba informativa a dirigirse a la Dirección referida, dado que, según aquella misma afirmó, le fue informado que no existía expediente en trámite en su contra por no tener deuda (ver fs. 64 de estas actuaciones).

5°) Que de tal manera, el agravio traído a juicio del Tribunal resulta conjetural e hipotético, ya que no se probó comportamiento al-

guno configurativo del requisito del "*acto en ciernes*", que pueda válidamente originar una relación jurídica concreta con la demandada (Fallos: 326:4774).

En tales condiciones, la pretensión deducida, tendiente a obtener una declaración general y directa de inconstitucionalidad de la norma sancionada por la legislatura local, no constituye "*causa*" o "*caso contencioso*" que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (confr. C.626.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).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se decide: Rechazar la demanda seguida por La Cabaña Sociedad Anónima contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Nombre de los actores: **La Cabaña S.A., Jorge Antonio Stegich, apoderado general de la empresa**, con el patrocinio letrado del doctor **Carlos Alberto de Cucco.**
Nombre de la demandada: **Provincia de Buenos Aires**, letrado apoderado doctor **Alejandro J. Fernández Llanos.**

SUSANA BEATRIZ ORLANDO v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

El amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

El objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental (art. 43 de la Constitución Nacional).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Es procedente el amparo tendiente a obtener la provisión de un medicamento necesario para enfrentar una grave enfermedad, si se hallan reunidos los extremos requeridos por la ley 16.986 pues, tanto de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la salud.

El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la salud.

Es obligación impostergable de la autoridad pública garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la salud.

Las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales explícitos asumidos por el Estado Nacional con el objeto de promover y facilitar las prestaciones de salud se extienden a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la salud.

Corresponde hacer lugar al amparo tendiente a la provisión de un medicamento si está prevista su cobertura del 100 % en virtud de la resolución del Ministerio de Salud que aprobó modificaciones al Programa Médico Obligatorio.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

Debe rechazarse el criterio fundado en que la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto la droga prescripta no debe ser provista por las autoridades locales pues, al privar a la amparista de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la salud.

Las obligaciones emergentes de las leyes 23.661, 22.431 y 24.901, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 12, inc. 1° y 36, incs. 5° y 8°) y de la ley provincial 10.592, imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con urgencia y continuidad, sin desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la salud.

No puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud por medio del Ministerio de Salud para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, de los que

Resulta:

I) A fs. 19/25 se presenta Susana Beatriz Orlando, de 55 años de edad, domiciliada en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, quien denuncia ser discapacitada visual y motora a causa de padecer esclerosis

múltiple, y promueve la presente acción de amparo ante la justicia federal contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional a fin de obtener la medicación necesaria para enfrentar el mal que padece, en razón de carecer de los recursos económicos para adquirirla.

Manifiesta que dirige su pretensión contra actos y omisiones de los demandados. En cuanto al Estado provincial, atento que la esclerosis múltiple no resulta ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento (v. fs. 10, expediente 294607/01) y, por consiguiente, no es provisto por las autoridades locales. Por su parte, el Estado Nacional, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación solamente le entregó seis cajas del medicamento, "*Acetato de Glatiramer – Copolimero (Copaxone*)", cantidad que resulta insuficiente para paliar la enfermedad, y cuya solicitud de renovación no ha sido respondida hasta la fecha (fs. 3).

Funda su derecho en lo dispuesto en los arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, en la ley nacional 23.661 que creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud, en la resolución del Ministerio de Salud 939/2000, modificada por su similar 1/2001, en las leyes 24.901 y 22.431, y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Solicita, asimismo, el dictado de una medida cautelar con el objeto de que las demandadas arbitren los medios necesarios para la provisión del medicamento en cuestión, que resulta imprescindible para su vida, ya que debe ser administrado sin interrupción para evitar así los brotes de la enfermedad. Por último, ante la posibilidad de que los demandados requieran la aplicación del art. 14 de la ley 25.453, que modifica el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que impide el dictado de medidas cautelares que afecten los recursos del Estado, requiere la declaración de su inconstitucionalidad.

El juez federal interviniente se declara incompetente para entender en el proceso, en consonancia con la opinión de la fiscal del fuero (fs. 27).

A fs. 38/39, el Tribunal resuelve que la causa es de su competencia originaria y hace lugar a la medida cautelar solicitada.

II) Al contestar el informe previsto en el art. 8° de la ley 16.986, el Estado Nacional solicita el rechazo del amparo impetrado con fundamento, a su criterio, en la inobservancia de los requisitos de admi-

sibilidad de la vía elegida, la inexistencia del daño y la ausencia de derechos constitucionales conculcados por su parte. Destaca que, conforme a la documentación acompañada, la amparista ha realizado todos los trámites por ante la Provincia de Buenos Aires, la cual es, a su juicio, la obligada primaria en razón del domicilio denunciado.

Señala además que el Ministerio de Salud no otorga medicamentos en forma directa, salvo los supuestos contemplados en los programas de Banco de Drogas Antineoplásicas y el Programa Nacional de HIV y Retrovirus Humano. Por último invoca la emergencia sanitaria declarada por el decreto 486/02, como un indicador de la situación que atraviesa el sector (fs. 55/62).

III) A fs. 65/95, se presenta la Provincia de Buenos Aires y acompaña el expediente administrativo N° 2900-36443, que da cuenta del trámite seguido en el ámbito del Ministerio de Salud de esa jurisdicción en orden a hacer efectiva la medida cautelar. La Dirección de Políticas del Medicamento, si bien indica cuáles son las patologías cubiertas por el Banco de Drogas de Alto Costo –que no incluye a la esclerosis múltiple– informa que la droga en cuestión fue puesta a disposición de la amparista y retirada la orden correspondiente (fs. 65/95).

Con posterioridad, ante el incumplimiento de la Provincia de Buenos Aires denunciado por la actora a fs. 115, el Tribunal intima a la demandada a que realice la entrega que se encuentre pendiente a esa fecha e informe acerca del cumplimiento periódico de la decisión recaída a fs. 38/39.

En su mérito, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación requiere a la Unidad Ministro que arbitre las medidas necesarias tendientes a la entrega subsidiaria de la medicación respectiva (fs. 120). A su vez, adjunta lo informado a dicha cartera por el Coordinador del Banco de Drogas de la Provincia de Buenos Aires con relación a la entrega mensual del medicamento a la amparista desde el mes de junio de 2002 (fs. 123/125).

La Provincia de Buenos Aires acredita ese extremo en autos al adjuntar a fs. 136 el expediente administrativo N° 5.100–11029/02, del que surge el cumplimiento de la medida cautelar durante los períodos de junio, julio y septiembre de 2002. Más tarde, en razón de

una nueva demora en la provisión del fármaco, la autoridad local acompañó el expediente N° 5100/15694/03 que da cuenta de su entrega (fs. 155).

A fs. 166, la amparista manifiesta que continua su tratamiento conforme a la prescripción médica que así lo acredita y adjunta, y solicita que se dicte sentencia favorable a la acción promovida.

Considerando:

1°) Que esta Corte ha señalado reiteradamente que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita (Fallos: 310:576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396, entre muchos otros). También ha dicho que el objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental (confr. el art. 43 de la Constitución Nacional y la doctrina de Fallos: 259:196; 263:296; 267:165, entre otros y Fallos: 324:3602).

2°) Que de acuerdo a estas pautas, la acción intentada en el *sub examine* resulta procedente toda vez que se hallan reunidos los extremos requeridos por la ley 16.986 a ese fin. En efecto, tanto de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas. Tal como surge de fs. 166, la naturaleza del mal que aqueja a la actora requiere continuar con el tratamiento prescripto de manera prolongada.

Por otra parte, su derecho a recibir la droga "*Acetato de Glatiramer – Copolimero (Copaxone*)" con un 100% de cobertura no ha sido cuestionado por las demandadas, como tampoco se ha puesto en duda el tratamiento indicado. De tal manera, el Estado Nacional, a través del Ministerio de Desarrollo Social, lo consintió al proporcionar inicialmente la droga durante seis meses y la Provincia de Buenos Aires asumió luego su entrega, a través del Banco Nacional de Drogas

de Alto Costo, a resultas de la medida cautelar ordenada por el Tribunal.

3°) Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931).

4°) Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.

En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1°). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación..." (art. 2). El Ministerio de Salud, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde "articular y coordinar" los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados "en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que

responda a la organización federal de nuestro país" (arts. 3°, 4°, 7°, 15, 28 y 36) (Fallos: 323:3229).

Asimismo, con relación al Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), la resolución 1/01 del Ministerio de Salud, al aprobar modificaciones a su similar 939/00, establece en el punto 4 del anexo I, "Medicamentos", la cobertura del 100% de la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Ello se articula por medio del agente del seguro con apoyo financiero del Fondo Solidario de Redistribución, según las normas que dicte la Administración de Programas Especiales.

5°) Que, además, en mérito a la condición de discapacitada de la amparista como consecuencia de las secuelas de la enfermedad acreditada en autos a fs. 11 corresponde también examinar los alcances de las leyes 22.431 –que instituye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas–, y 24.901, que establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de aquéllas.

La ley 22.431 crea el referido sistema, tendiente a asegurar a las personas discapacitadas la atención médica, la educación y la seguridad social. A ese fin, define la condición de discapacidad y establece las obligaciones que deben asumir los distintos órganos del Estado, los entes de obra social y los particulares en materia de salud, trabajo y transporte, entre otros aspectos. Por el art. 27, primer párrafo, se faculta al Poder Ejecutivo Nacional a proponer a las provincias que sancionen en sus jurisdicciones regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley.

A su vez, la ley 24.901 al organizar el sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, encomendó al Estado Nacional y sus organismos dependientes la atención de las prestaciones dispuestas en él a favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (conf. arts. 1°, 2°, 3° y 4° de la ley citada), condiciones éstas que han sido acreditadas en el *sub examine*. Determina el modo de financiamiento de las prestaciones previstas en la ley e instruye al Poder Ejecutivo a proponer a las provincias la sanción en sus jurisdicciones de regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la referida ley (arts. 7° y 8°). Además, dentro de las prestaciones básicas, el art. 28 alude a

las asistenciales como aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos esenciales de la persona con discapacidad, entre ellos, la atención especializada.

La reglamentación de la ley 24.901 está dada por el decreto 1193/98, que dispone que las personas con discapacidad y carentes de recursos podrán obtener las prestaciones básicas a través de los organismos del Estado Nacional, Provincial o Municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que adhieran al sistema (art. 4°). La Superintendencia de Servicios de Salud se constituye en el organismo responsable de la supervisión y fiscalización del nomenclador de prestaciones básicas (arts. 11 a 39).

6°) Que, por otra parte, en Fallos: 323:3229 antes citado, este Tribunal ha dejado bien establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales. En este sentido cabe recordar que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza para todos sus habitantes el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural (art. 12, inc. 1°). Al reconocer entre los derechos sociales, a la discapacidad, declara que: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

"Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales..."(art. 36, inc. 5°). También reconoce el derecho social a la salud y sostiene que: "La Provincia garantizará a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...". Asimismo, declara: "El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud..." (art. 36, inc. 8°).

7°) Que con relación a la normativa nacional referida en el considerando 5°, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, por el cual el Estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (confr. arts. 1°, 2° y 3°). La norma comprende a los discapacitados neurolocomotores y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6° dispone que el Ministerio de Salud

actuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá: "otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales".

8°) Que en estas condiciones, las consecuencias del criterio esgrimido por la Provincia de Buenos Aires –en cuanto a que la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto la droga prescripta no es provista por las autoridades locales– no pueden redundar en un perjuicio directo a la afectada, pues al privarla de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes. No obstante ello, cabe observar que las constancias del expediente indican que el suministro del fármaco fue realizado finalmente por el Banco de Drogas de Alto Costo, en cumplimiento de la medida cautelar ordenada.

9°) Que, con respecto a la responsabilidad asignada a la Provincia de Buenos Aires frente a la situación que compromete la vida y la salud de sus habitantes, resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional –mediante el Ministerio de Salud–, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista.

De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

En este contexto, no puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo por medio del Ministerio demandado para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (Fallos: 323:3229, considerando 27).

10) Que en esa inteligencia ha de entenderse la decisión de la autoridad nacional –el Ministerio de Desarrollo Social– de proveer la medicación por seis meses ante la reticencia inicial de la Provincia de Buenos Aires de asistir a la amparista, de acuerdo a las constancias de autos. Esa acción orientada a atender una situación de urgencia y extrema necesidad en orden al tratamiento prescripto, se ajustó a los principios constitucionales aplicables y a las leyes dictadas en su consecuencia, según han sido analizadas anteriormente. Por tal motivo, la interrupción de la entrega de la medicación y la falta de respuesta a la amparista ante el requerimiento de su renovación resultan materia de reproche, pues puso en riesgo grave su derecho a la vida y a la salud.

Por ello, se hace lugar a la acción de amparo deducida contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano (*según su voto*) — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni (*según su voto*) — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Voto de los señores ministros doctores don Antonio Boggiano y don E. Raúl Zaffaroni

Considerando:

1°) Que la acción intentada en el *sub examine* resulta procedente toda vez que de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas. Tal como surge de fs. 166, la naturaleza de la enfermedad que aqueja a la actora requiere continuar con el tratamiento prescripto de manera prolongada.

2°) Que por otra parte, su derecho a recibir la droga “Acetato de Glatiramer – Copolimero (Copaxone)” con un 100% de cobertura no ha sido cuestionado por las demandadas, como tampoco se ha puesto

en duda el tratamiento indicado. De tal manera, el Estado Nacional, a través del Ministerio de Desarrollo Social, lo consintió al proporcionar inicialmente la droga durante seis meses y la Provincia de Buenos Aires asumió luego su entrega, a través del Banco Nacional de Drogas de Alto Costo, a resultas de la medida cautelar ordenada por el Tribunal.

3°) Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931).

4°) Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.

En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”. Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1°). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...” (art. 2). El Ministerio de Salud, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde “articular y

coordinar" los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados "en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país" (arts. 3°, 4°, 7°, 15, 28 y 36) (Fallos: 323:3229).

Asimismo, con relación al Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), la resolución 1/01 del Ministerio de Salud, al aprobar modificaciones a su similar 939/00, establece en el punto 4 del anexo I, "Medicamentos", la cobertura del 100% de la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Ello se articula por medio del agente del seguro con apoyo financiero del Fondo Solidario de Redistribución, según las normas que dicte la Administración de Programas Especiales.

5°) Que, además, en mérito a la condición de discapacitada de la amparista como consecuencia de las secuelas de la enfermedad acreditada en autos a fs. 11 corresponde también examinar los alcances de las leyes 22.431 –que instituye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas–, y 24.901, que establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de aquéllas.

La ley 22.431 crea el referido sistema, tendiente a asegurar a las personas discapacitadas la atención médica, la educación y la seguridad social. A ese fin, define la condición de discapacidad y establece las obligaciones que deben asumir los distintos órganos del Estado, los entes de obra social y los particulares en materia de salud, trabajo y transporte, entre otros aspectos. Por el art. 27, primer párrafo, se faculta al Poder Ejecutivo Nacional a proponer a las provincias que sancionen en sus jurisdicciones regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley.

A su vez, la ley 24.901 al organizar el sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, encomendó al Estado Nacional y sus organismos dependientes la atención de las prestaciones dispuestas en él a favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (conf. arts. 1°, 2°, 3° y 4° de la ley citada), condiciones éstas que han sido acreditadas en el *sub examine*. Determina el modo de financiamiento de las pres-

taciones previstas en la ley e instruye al Poder Ejecutivo a proponer a las provincias la sanción en sus jurisdicciones de regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la referida ley (arts. 7° y 8°). Además, dentro de las prestaciones básicas, el art. 28 alude a las asistenciales como aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos esenciales de la persona con discapacidad, entre ellos, la atención especializada.

La reglamentación de la ley 24.901 está dada por el decreto 1193/98, que dispone que las personas con discapacidad y carentes de recursos podrán obtener las prestaciones básicas a través de los organismos del Estado Nacional, Provincial o Municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que adhieran al sistema (art. 4°). La Superintendencia de Servicios de Salud se constituye en el organismo responsable de la supervisión y fiscalización del nomenclador de prestaciones básicas (arts. 11 a 39).

6°) Que, por otra parte, en Fallos: 323:3229 antes citado, este Tribunal ha dejado bien establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales. En este sentido cabe recordar que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza para todos sus habitantes el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural (art. 12, inc. 1°). Al reconocer entre los derechos sociales, a la discapacidad, declara que: “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

“Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales...” (art. 36, inc. 5°). También reconoce el derecho social a la salud y sostiene que: “La Provincia garantizará a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...”. Asimismo, declara: “El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud...” (art. 36, inc. 8°).

7°) Que con relación a la normativa nacional referida en el considerando 6°, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, por el cual el Estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica,

educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (confr. arts. 1°, 2° y 3°). La norma comprende a los discapacitados neurolocomotores y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6° dispone que el Ministerio de Salud actuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá: "otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales".

8°) Que en estas condiciones, las consecuencias del criterio esgrimido por la Provincia de Buenos Aires –en cuanto a que la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto la droga prescripta no es provista por las autoridades locales– no pueden redundar en un perjuicio directo a la afectada, pues al privarla de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes. No obstante ello, cabe observar que las constancias del expediente indican que el suministro del fármaco fue realizado finalmente por el Banco de Drogas de Alto Costo, en cumplimiento de la medida cautelar ordenada.

9°) Que, con respecto a la responsabilidad asignada a la Provincia de Buenos Aires frente a la situación que compromete la vida y la salud de sus habitantes, resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional –mediante el Ministerio de Salud–, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista.

De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

En este contexto, no puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo por medio del Ministerio deman-

dado para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (Fallos: 323:3229, considerando 27).

10) Que en esa inteligencia ha de entenderse la decisión de la autoridad nacional –el Ministerio de Desarrollo Social– de proveer la medicación por seis meses ante la reticencia inicial de la Provincia de Buenos Aires de asistir a la amparista, de acuerdo a las constancias de autos. Esa acción orientada a atender una situación de urgencia y extrema necesidad en orden al tratamiento prescripto, se ajustó a los principios constitucionales aplicables y a las leyes dictadas en su consecuencia, según han sido analizadas anteriormente. Por tal motivo, la interrupción de la entrega de la medicación y la falta de respuesta a la amparista ante el requerimiento de su renovación resultan materia de reproche, pues puso en riesgo grave su derecho a la vida y a la salud.

Por ello, se hace lugar a la acción de amparo deducida contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI.

Nombre del actor: **Susana Beatriz Orlando, letrada patrocinante María Inés Bianco**.
Nombre del demandado: **Provincia de Buenos Aires, letrado apoderado: Dr. Alejandro Fernández Llanos; Estado Nacional, Ministerio de Salud de la Nación, letrada apoderada: Dra. Laura Marcela Paillet.**
Ministerio Público: **Doctor Nicolás Eduardo Becerra.**

OBRA SOCIAL PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE (OSPLAD)
v. PROVINCIA DE LA RIOJA

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Si el estado provincial emitió los bonos de consolidación y la Bolsa de Comercio de Buenos Aires autorizó su cotización pero aquél no dio cumplimiento a las

condiciones establecidas por dicho ente para poder concluir que los bonos que se ofrecen en pago tengan cotización efectiva y que sea posible su negociación en el ámbito bursátil, dicha deficiencia impide reconocerle características cancelatorias, en la medida en que su falta de cotización cierta afecta su liquidez.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 701 la Provincia de La Rioja solicitó el levantamiento del embargo decretado a fs. 664/665 sobre la base de que al haberse consolidado la deuda en virtud de la decisión adoptada por este Tribunal a fs. 694/695 no existe razón para mantener la traba ordenada con relación a títulos públicos que no responden a las características de ese particular régimen legal.

Asimismo, a fs. 714 la citada provincia se opuso al pedido formulado por la parte actora a fs. 700 sobre la base del cual solicitó a este Tribunal que se le entregasen los títulos públicos embargados en su oportunidad. Al efecto la Provincia de La Rioja arguyó que la ejecutante sólo tenía derecho a recibir los contemplados por la ley de consolidación y no los cautelados y creados por la ley 7113.

2°) Que es dable poner de resalto que el Tribunal convocó a las audiencias de que dan cuenta las actas de fs. 706 y 710 con el propósito de lograr una solución que contemplase la situación que denunciaba la provincia (ver fs. 227 y 483) y el crítico estado económico financiero en el que se encuentra la Obra Social para la Actividad Docente, que la llevó, tal como se denunció en esas oportunidades, a presentarse en concurso preventivo en el fuero correspondiente en virtud, según sostuvo, de las deudas que por aportes mantienen con la entidad distintos gobiernos provinciales.

3°) Que en forma previa a resolver las oposiciones de la demandada a la entrega de los títulos requeridos por la obra social, el Tribunal

dispuso que la provincia acreditase que contaba con la pertinente autorización de la Bolsa de Comercio para cotizar los títulos públicos de consolidación de deuda con los que pretendía pagar. Dicha medida justificó las presentaciones de las partes obrantes a fs. 720/730 y 731, y permite resolver el diferendo.

4°) Que, tal como se desprende de las constancias obrantes a fs. 720/729, la demandada no ha dado cumplimiento a las condiciones legales que autoricen a considerar que ha satisfecho, en el marco de las exigencias impuestas por la autoridad de aplicación, los requerimientos que le permitirían afrontar la deuda según las previsiones contenidas en sus leyes de consolidación.

5°) Que, en efecto, si bien por medio de las resoluciones M.E. y O.P. 50/01, 182/02 y 190/03 el Estado provincial emitió los bonos de consolidación en moneda nacional 2% ley 7112, y la Bolsa de Comercio de Buenos Aires autorizó su cotización a partir del 22 de diciembre de 2003, aquél no ha dado cumplimiento a las condiciones establecidas por dicho ente para poder concluir que los bonos que se ofrecen en pago tengan cotización efectiva, y que sea posible su negociación en el ámbito bursátil. El "aviso de cotización autorizada" de la Bolsa de Comercio mencionada, obrante a fs. 722/723, indica claramente que la negociación de los títulos "sólo se habilitará" por los montos que la Caja de Valores S.A. informe que han sido inscriptos en el registro escritural a su cargo y tal como surge de la respuesta dada, como consecuencia de la medida dispuesta a fs. 731 bis, "no existen acreditados en el referido registro bonos de las especies mencionadas" (ver fs. 734). De tal manera para que el Tribunal se encontrase en situación de poder afirmar que el Estado provincial había logrado la habilitación correspondiente, la provincia debió cumplir con la condición impuesta por la autoridad pertinente, único extremo que autorizaría a sostener que los títulos ofrecidos son un medio de pago idóneo a nivel nacional. La deficiencia apuntada impide reconocerle características cancelatorias, en la medida en que su falta de cotización cierta afecta su liquidez.

6°) Que no empece a lo expuesto la argumentación que con posterioridad se introduce a fs. 735, ya que el requerimiento administrativo que se invoca como no realizado por la acreedora a fin de justificar el incumplimiento, no se encuentra vinculado al régimen de admisión a cotización.

7°) Que tampoco debe ser admitida la posibilidad de que el Estado provincial afronte la deuda, en la proporción respectiva al período correspondiente, con Bonos de Cancelación clase B ley 5676, ya que la obligada al pago no cumple con los compromisos allí asumidos. A tal punto es ello así que la Bolsa de Comercio, en el aviso de cotización ya referido, y en cumplimiento de estrictas obligaciones a su cargo, advierte sobre el riesgo de esos instrumentos al señalar que "...pone en conocimiento del público inversor en general que la Provincia de La Rioja posee en circulación Bonos de Cancelación clase 'B' ley 5676 los cuales se encuentran pendientes de pago...", y que dichos títulos pueden ser aplicados a la cancelación de obligaciones tributarias y no tributarias con el Estado provincial. De tal manera, y al ser sólo útiles a nivel provincial y en tanto se tengan deudas con el Estado emisor, no corresponde reconocerlos tampoco como un medio de pago idóneo a nivel nacional (art. 19, ley 23.982).

8°) Que tal estado de cosas hace aplicable el criterio seguido por esta Corte en Fallos: 322:1050; 323:1187, y en la causa S.1119.XXXI "Santiago del Estero, Provincia de c/ Gobierno Nacional s/ acción de amparo – incidente de ejecución de honorarios de Raúl E.P.P. Mariscotti – IN2" sentencia del 27 de mayo de 2004 y sus citas, ya que las deficiencias apuntadas, impiden concluir que se esté frente a una forma de pago a la que se le puedan reconocer los efectos que, a las obligaciones de los estados y en determinadas condiciones, les ha atribuido el excepcional régimen establecido por las leyes 23.982 y 25.344 (art. 19, ley 23.982; Fallos: 322:1050 ya citado, considerando 5°).

9°) Que en su mérito corresponde desestimar el pedido de levantamiento del embargo dispuesto a fs. 664/665 y, en consecuencia, ordenar al Nuevo Banco de la Provincia de la Rioja S.A. la apertura de una cuenta a fin de que se transfieran y depositen en ella los bonos provinciales embargados, en cantidad suficiente para cubrir las sumas indicadas en el punto I de la decisión citada precedentemente. Los títulos deberán ser los indicados a fs. 444 por el Ministerio de Economía y Obras Públicas de la provincia, emitidos por el Poder Ejecutivo provincial según la facultad conferida por la ley 7113, canjeables por moneda de curso legal a su sola presentación a la vista al cien por ciento de su valor nominal, es decir, en las condiciones dadas por la provincia al efectuar la sustitución admitida a fs. 664/665. La cuenta deberá ser abierta a nombre de la Obra Social para la Actividad Docente.

Por ello, se resuelve: I. Rechazar el planteo formulado por la demandada a fs. 701. Con costas (arts. 68 y 69, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); II. Admitir la petición formulada por la actora a fs. 700 y, en consecuencia, ordenar al Nuevo Banco de la Provincia de La Rioja S.A. la apertura de una cuenta en bonos provinciales en los términos indicados en el considerando noveno precedente. Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Demanda originaria presentada por la **Obra Social para la Actividad Docente,** representada por los Dres. **Fernando José Quintana, Lucas Gabriel Mayor y Javier Slodky.**
Nombre del demandado: **Provincia de La Rioja,** representada por el Dr. **César Luis Alberto Garay.**

PROVINCIA DE RIO NEGRO v. CADIPSA Y OTRA

RECURSO DE REVOCATORIA.

Si bien, como principio de carácter general, los pronunciamientos de la Corte Suprema no son susceptibles de ser revisados por la vía del recurso de revocatoria, ello no obsta a que en los casos en que se manifiesten con nitidez errores que es necesario subsanar se configure una excepción a ese criterio.

RECURSO DE REVOCATORIA.

Corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria si el Tribunal no ponderó que en la ejecución de sentencia la labor desarrollada por el recurrente abarcó no sólo la primera etapa a la que se refiere el art. 40 de la ley de arancel, comprensiva de todos los trámites establecidos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación hasta la resolución a que hace referencia el art. 508 del mismo cuerpo normativo, sino también la segunda, relativa a los actos previstos en los arts. 599 y sgtes. de dicho código, en atención a la remisión que efectúa el art. 510 de ese texto legal, concerniente al cumplimiento de la sentencia de remate, que exigía fijar los honorarios computando las dos etapas del proceso.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que contra la regulación de honorarios fijada en la sentencia recaída a fs. 657/658 el doctor Alberto Iraola interpone el recurso de revocatoria de que da cuenta la presentación de fs. 661/661 vta.

2°) Que si bien esta Corte ha sostenido, como principio de carácter general, que sus pronunciamientos no son susceptibles de ser revisados por la vía intentada (Fallos: 297:543; 302:1319), ello no obsta a que en los casos en que se manifiesten con nitidez errores que es necesario subsanar se configure una excepción a ese criterio (Fallos: 313:1461).

3°) Que tal excepción es aplicable al presente y así lo ha entendido el Tribunal en situaciones similares (Fallos: 326:1080 y su cita, entre otros). En efecto, la regulación practicada sobre la base de considerar cumplida una etapa procesal no ha tenido en cuenta que los trabajos realizados por el peticionario de que dan cuenta las constancias de fs. 612, 619, 624, 625, 633, 639, 641, 648 y 650 han comprendido las dos etapas procesales a las que alude el art. 40 de la ley de arancel. De tal manera, el Tribunal no ha ponderado que en la presente ejecución de sentencia la labor desarrollada por el recurrente abarcó no sólo la primera etapa a la que se refiere el art. 40 ya citado, comprensiva de todos los trámites establecidos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación hasta la resolución a que hace referencia el art. 508 del mismo cuerpo normativo, sino también la segunda, relativa a los actos previstos en los arts. 599 y sgtes. de dicho código, en atención a la remisión que efectúa el art. 510 de ese texto legal, concerniente al cumplimiento de la sentencia de remate, que exigía fijar los honorarios computando las dos etapas del proceso (arg. Fallos: 311:1870 y 312:249).

Por ello, se resuelve: Revocar el pronunciamiento del 29 de abril de 2004 y, en consecuencia, fijar la retribución del doctor Alberto Iraola

en la suma de tres mil cuatrocientos pesos ($ 3.400) (arts. 6°, incs. a, b, c y d; 7°, 40 y concs. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432). Notifíquese.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el suscripto reitera el criterio expuesto en la disidencia parcial pertinente de Fallos: 322:2961, acerca de la inclusión de los intereses en la base regulatoria, lo que así se resuelve. Notifíquese.

ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que en supuestos como el de autos en los que prospera la demanda, los intereses integran la base regulatoria, desde que la misma debe guardar la proporción necesaria con los valores en juego, pues de lo contrario no se demuestra la realidad económica del litigio, ni se la pondera debidamente al practicar la respectiva regulación. Notifíquese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el suscripto reitera el criterio expuesto en la causa S.457.XXXIV. "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios" (sentencia de la fecha), acerca de que los intereses integran la base regulatoria, lo que así se resuelve. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

SERENAR S.A. v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

HONORARIOS: Regulación.

Los intereses no integran el monto del juicio a los fines regulatorios, pues ellos son el resultado de una contingencia esencialmente variable y ajena a la actividad profesional.

HONORARIOS: Regulación.

Los intereses deben ser computados en la base regulatoria tanto en los casos en que media una sentencia de condena como en los que se rechaza la pretensión, ya sea en los procesos de conocimiento como en los ejecutivos (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

HONORARIOS: Regulación.

En los supuestos en los que prospera la demanda, los intereses integran la base regulatoria, desde que la misma debe guardar la proporción necesaria con los valores en juego, pues de lo contrario no se demuestra la realidad económica del litigio, ni se la pondera debidamente al practicar la respectiva regulación (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

HONORARIOS: Regulación.

El art. 19 de la ley 21.839 no indica ni sugiere ninguna exclusión de los intereses; antes bien, si los intereses se reclamaron y se ha condenado a su pago, la cuantía de ellos integra necesariamente la suma resultante de la sentencia, aunque de una manera ilíquida (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

HONORARIOS: Regulación.

La iliquidez de los intereses no debe llevar a no computarlos, sino en todo caso a diferir la regulación de honorarios para el momento en que sean liquidados o, en su caso, a hacer una regulación en la sentencia que considere el capital de condena, sin que ella se entienda como excluyente de otra regulación posterior que tome como base de cálculo a los accesorios una vez que sean liquidados (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

HONORARIOS: Regulación.

El carácter accesorio de los intereses y su función indemnizatoria no explican otra cosa que algo propio de la naturaleza de los réditos, pero lejos está de ser un argumento que por sí mismo justifique su no inclusión en la base de cálculo para la regulación de los honorarios, máxime al ser notorio que ellos forman parte del beneficio económico obtenido por el vencedor merced a la intervención de quien prestó la asistencia profesional letrada (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

HONORARIOS: Regulación.

Si el eventual desconocimiento que se tiene del importe que representa la actualización de la moneda no es obstáculo para su reconocimiento ulterior con el fin de practicar una regulación complementaria, tampoco debería serlo la ignorancia que se tenga de la suma correspondiente a la liquidación de los intereses (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

HONORARIOS: Regulación.

Resulta inaceptable el argumento referente a la falta de relación que habría entre los intereses y la labor profesional desarrollada a los fines de excluir a aquéllos de la base para regular los honorarios, ya que ninguno de los rubros que componen una condena es ajena a esa labor, porque sin ella, por poca que haya sido, la condena misma no existiría, con lo cual no se aprecia razón por la cual deba discriminarse entre uno y otros (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

HONORARIOS: Regulación.

En los supuestos en los que prospera la demanda, los intereses integran la base regulatoria, desde que ella debe guardar proporción con los valores en juego; de

lo contrario, no se atiende a la realidad económica del litigio, ni se pondera debidamente el complejo de las tareas profesionales cumplidas (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

En atención a lo solicitado, teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal, el precedente de Fallos: 322:2961 y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6°, incs. a, b, c y d; 7°, 9°, 37 y 38 de la ley 21.839 –modificada por la ley 24.432–, se regulan los honorarios de los doctores Jorge Alberto Grimoldi y Exequiel Ernesto Maresca, en conjunto, por la dirección letrada y representación de la actora en la suma de cinco mil ochocientos pesos ($ 5.800).

Asimismo, considerando los trabajos realizados por los peritos designados de oficio: ingeniero hidráulico Héctor Daniel Barrionuevo e ingeniero agrónomo Alberto Achával Rodríguez, se fijan sus honorarios en las sumas de mil quinientos pesos ($ 1.500) y mil trescientos pesos ($ 1.300). Notifíquese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano (*en disidencia*) — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco (*en disidencia*) — Ricardo Luis Lorenzetti (*en disidencia*) — Carmen M. Argibay.

Disidencia del señor ministro doctor don Antonio Boggiano

Considerando:

Que el suscripto reitera el criterio expuesto en la disidencia parcial pertinente de Fallos: 322:2961, acerca de la inclusión de los intereses en la base regulatoria, lo que así se resuelve. Notifíquese.

Antonio Boggiano.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que en supuestos como el de autos en los que prospera la demanda, los intereses integran la base regulatoria, desde que la misma debe guardar la proporción necesaria con los valores en juego, pues de lo contrario no se demuestra la realidad económica del litigio, ni se la pondera debidamente al practicar la respectiva regulación. Notifíquese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que cuando el art. 19 de la ley 21.839 expresa que "...se considerará monto del proceso la suma que resultare de la sentencia o transacción...", no indica ni sugiere ninguna exclusión de los intereses. Antes bien, si los intereses se reclamaron y se ha condenado a su pago, la cuantía de ellos integra necesariamente la suma resultante de la sentencia, aunque de una manera ilíquida.

2°) Que la apuntada iliquidez de los intereses no debe llevar a no computarlos, sino en todo caso a diferir la regulación de honorarios para el momento en que sean liquidados o, en su caso, a hacer una regulación en la sentencia que considere el capital de condena, sin que ella se entienda como excluyente de otra regulación posterior que tome como base de cálculo a los accesorios una vez que sean liquidados.

Este criterio, admisivo de una primera regulación de honorarios que considere la parte líquida del crédito, tiene cabida en función de lo dispuesto por el art. 47, último párrafo, de la ley 21.839 que dice así: "...cuando las sumas correspondientes a depreciación monetaria

no se encontraren determinadas al momento de la sentencia, el juez regulará honorarios sobre la base de las sumas líquidas existentes, sin perjuicio del derecho del profesional, a solicitar su ampliación, una vez establecido el monto definitivo de la depreciación monetaria...".

Aunque es cierto que la referida norma no se refiere a intereses sino a depreciación monetaria, su aplicación por analogía resulta posible (Código Civil, art. 16).

3°) Que el suscripto no comparte los argumentos utilizados en el pasado por esta Corte –con distinta integración– para excluir a los intereses de la base de cálculo para la regulación de los emolumentos profesionales.

El carácter accesorio de los intereses y su función indemnizatoria –conceptos ambos invocados, entre otros, en Fallos: 310:1010– no explican otra cosa que algo propio de la naturaleza de los réditos, pero lejos está de ser un argumento que por sí mismo justifique su no inclusión en la base de cálculo indicada, máxime al ser notorio que ellos forman parte del beneficio económico obtenido por el vencedor merced a la intervención de quien prestó la asistencia profesional letrada. Además, el art. 19 de la ley 21.839 no distingue entre lo principal y lo accesorio del monto de la condena, de donde la distinción carece de base legal.

Por su parte, la variabilidad de los intereses derivada de que su monto no se halla cuantificado en el momento de dictarse sentencia (reparo señalado en Fallos: 201:473; 280:416, entre otros), no aparece como un obstáculo definitivo en la interpretación del asunto. Ello es así, habida cuenta de la alternativa que acuerda el último párrafo del art. 47 de la ley 21.839, aplicable en la especie. Es decir, si el eventual desconocimiento que se tiene del importe que representa la actualización de la moneda no es obstáculo para su reconocimiento ulterior con el fin de practicar una regulación complementaria, tampoco debería serlo la ignorancia que se tenga de la suma correspondiente a la liquidación de los intereses. El problema de la variabilidad de los intereses y de su carácter contingente, tiene una posible solución en la propia ley arancelaria.

Finalmente, es inaceptable el argumento –expresado en Fallos: 201:473; 280:416; y otros– referente a la falta de relación que habría

entre los intereses y la labor profesional desarrollada, ya que ninguno de los rubros que componen una condena es ajeno a esa labor; sin ella, por poca que haya sido, la condena misma no existiría. El profesional contribuye con su trabajo a que ingrese al patrimonio del cliente un bien económico determinado (el monto de los intereses del crédito), igual que otros (el monto del lucro cesante, el daño moral, el daño emergente, etc.). Consiguientemente, no se aprecia razón por la cual deba discriminarse entre uno y otros.

4°) Que, en síntesis, en supuestos como el de autos en los que prospera la demanda, los intereses integran la base regulatoria, desde que ella debe guardar proporción con los valores en juego. De lo contrario, no se atiende a la realidad económica del litigio, ni se pondera debidamente el complejo de las tareas profesionales cumplidas.

Por ello, sin perjuicio de suscribir la regulación de honorarios efectuada mediante la presente decisión (en tanto representativa de emolumentos calculados teniendo en cuenta el capital de condena), y toda vez que aunque fijados en su tasa no se ha procedido a la liquidación de los intereses (fs. 536), corresponde dejar a salvo el derecho de los solicitantes para peticionar oportunamente una regulación complementaria calculada sobre dichos accesorios. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

CARLOS PROSPERO SANCHEZ Y OTRO v. JORGE FRANCISCO MORA Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Sucesión. Fuero de atracción.

Las ejecuciones de créditos con garantía hipotecaria –entre las que cabe considerar comprendidas las intentadas en el marco de la ley 24.441– no pueden ser calificadas como acciones reales en los términos del art. 2756 del Código Civil sino como acciones personales por el cobro de un crédito, carácter que no desaparece por la existencia de una garantía hipotecaria, la cual constituye un accesorio que puede existir o no existir y que no altera aquél carácter.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 109, y el Juzgado Civil y Comercial Nro. 6 del Departamento Judicial de San Isidro, discrepan en torno a la competencia para entender en la presente causa.

En tales condiciones, se plantea un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a V.E., en los términos del art. 24 inc. 7 del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Se inicia la ejecución especial en contra de los demandados ante el Juzgado Civil Nro. 109. Posteriormente y ante la muerte de uno de los codemandados, conforme se acredita en fs. 86/87, se inició su proceso sucesorio del mismo por ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 6 del Departamento Judicial de San Isidro. El Señor Juez "*a quo*", a fs. 120, resolvió declararse incompetente y dispuso la remisión de las actuaciones al Juzgado donde tramita el juicio universal. El Señor Juez que entiende en el sucesorio, no aceptó la radicación de las presentes en virtud de los fundamentos expuestos en la resolución de fs. 130, por lo que las actuaciones fueron elevadas a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para que dirimiera la contienda suscitada en autos.

El Señor Fiscal de Cámara (fs. 134/5), sostiene que las actuaciones deberían tramitar por ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 6 de San Isidro, en virtud del fuero de atracción que ejerce el proceso sucesorio del codemandado.

A fs. 136 las actuaciones fueron giradas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dirimiese en la contienda.

Cabe indicar que el Tribunal a partir del precedente publicado en Fallos: 323: 540 sostuvo que las ejecuciones de créditos con garantía hipotecaria –entre las que cabe considerar comprendidas a las demandas especiales como la aquí intentada en el marco de la ley 24.441– no pueden ser calificadas como acciones reales en los términos del art. 2756 del Código Civil sino como acciones personales por el cobro de un crédito, carácter que no desaparece por la existencia de una garantía hipotecaria, la cual constituye un accesorio que puede existir o no existir y que no altera aquél carácter.

En tales condiciones es admisible considerarlas incluidas en el fuero de atracción a que se refiere el art. 3284 del Código Civil. Por todo ello considero que las presentes actuaciones deben continuar su trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 6 del Departamento Judicial de San Isidro. Buenos Aires, 30 de diciembre de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 109.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti.

HECTOR VERGES Y OTRA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

Corresponde al juez del lugar donde se celebró el contrato en el que fueron consignados los términos que se reputan usurarios, entender respecto del delito previsto y reprimido en el art. 175 bis del Código Penal.
–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 suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 4 y el Juzgado de Garantías N° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa donde se investiga la conducta de Mario Aarón Zywica.

Reconoce como antecedente la denuncia formulada por Elisa Ester Peredo, en la que refiere que el nombrado le hizo suscribir un contrato de mutuo en el que se concedía ventajas desproporcionadas. Explica que mientras recibía un préstamo de tres mil pesos tuvo que firmar, en garantía, un pagaré por la suma de nueve mil novecientos treinta y seis pesos, que el imputado terminó ejecutando al no poder cancelar la totalidad de las cuotas pactadas.

El magistrado nacional se declaró incompetente con base en los dichos de la denunciante, en el sentido de que el documento se firmó en su domicilio situado en la localidad de Luján (fs. 50/52).

Por su parte la justicia local rechazó la declinatoria. Sostuvo, para así resolver, que sin perjuicio de no estar fehacientemente acreditado el lugar de la celebración del mutuo, en tanto el contrato aparece firmado en la ciudad de Buenos Aires (ver fs. 7), razones de mejor y más rápida administración de justicia aconsejaban que siguiera conociendo el juzgado remitente, donde también tramitaba el juicio seguido

contra los abogados de la "Asociación de Lucha contra los Usureros", relacionado con éste (fs. 58).

Vueltas las actuaciones al juez de origen, luego de observar que esta última causa se hallaba archivada en razón del sobreseimiento dispuesto respecto de todos sus imputados, mantuvo su postura y dio por trabada la contienda (fs. 62).

El Tribunal tiene dicho, en casos que guardan analogía con el presente, que corresponde al juez del lugar donde se celebró el contrato en el que fueron consignados los términos que se reputan usurarios, entender respecto del delito previsto y reprimido en el artículo 175 bis del Código Penal (Fallos: 312:542 y Competencia N° 574, XL *in re* "Compañía Financiera S. A. por usura" resuelta el 10 de agosto de 2004).

En concordancia con esta doctrina, y en atención a las declaraciones contundentes vertidas por la damnificada ante el juez acerca del lugar donde se formalizó la operación (ver fs. 23 vta.), opino que corresponde al juzgado de garantías de Mercedes, conocer en estas actuaciones. Buenos Aires, 10 de febrero de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

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° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 4.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

COLEGIO DE FARMACEUTICOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES v. DIRECCION DE AYUDA SOCIAL PARA EL PERSONAL DEL CONGRESO DE LA NACION (D.A.S.)

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es admisible el recurso extraordinario si se discute la aplicación y el alcance de una norma de naturaleza federal –ley 25.344 y su reglamentación– y la decisión ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

Cuando se trata de la interpretación de una norma de naturaleza federal, la Corte Suprema no se encuentra constreñida por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos controvertidos según la interpretación que rectamente les otorgue.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

La circunstancia de que la sentencia que reconoce la deuda a favor de la actora sea posterior a la ley de consolidación, no impide su aplicación, ya que, si bien con el pronunciamiento judicial nace la obligación de efectuar el pago, su causa es la deuda que la justifica y ésta corresponde a las facturas impagas en años incluidos en los términos de la consolidación de deudas de la ley 25.344.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

La circunstancia de que la sentencia que reconoce la deuda a favor de la actora –que no cuestionó la aplicabilidad ni la validez constitucional de la norma al contestar el memorial de agravios, ni al serle dado el traslado del recurso extraordinario, que omitió contestar– sea posterior a la ley de consolidación, no impide su aplicación, ya que, si bien con el pronunciamiento judicial nace la obligación de efectuar el pago, su causa es la deuda que la justifica y ésta corresponde a las facturas impagas en años incluidos en los términos de la consolidación de deudas de la ley 25.344 (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 187/189, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala II-Civil), resolvió, al modificar la sentencia de la anterior instancia, fijar un nuevo monto de condena, establecer que los intereses por los períodos impagos se devengaban a partir de los quince días corridos contados desde la presentación de las facturas y aplicar la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina, conforme al criterio del plenario "Gomez, Ricarda c/ ENTEL s/ indemnización por despido".

Con relación a la tasa de interés, sostuvo que si bien el criterio del plenario se había visto limitado por lo dispuesto en el art. 13 de la ley 25.344 y concordantes, éste había perdido vigencia por el transcurso del tiempo en virtud de haberse cumplido el plazo previsto en su art. 1°, así como su prórroga, dispuesta por el decreto 1602/01.

– II –

Disconforme, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación (D.A.S.) interpuso el recurso extraordinario de fs. 198/208, concedido a fs. 211.

En síntesis adujo que: a) la alzada se equivocó al interpretar que la falta de vigencia de la ley 25.344 la hacía inaplicable al caso, toda vez que –a su criterio– lo transitorio era el estado de emergencia y su declaración, pero no así el resto de las normas, que, dado su carácter común, son permanentes –como lo expresa la propia ley en el tercer párrafo del art. 1°–; b) la vigencia de la ley está dada por la mención que a ella hacen las normas dictadas posteriormente y que le reconocen actualidad, circunstancia que convalida el último párrafo de su art. 1°; c) en la discusión parlamentaria de dicha ley, los miembros informantes sostienen el carácter permanente de las normas referidas a la consolidación, entre otras y d) la propia actora reconoce la aplicación a la DAS de la ley 25.344 y, subsidiariamente, la de su similar 23.982.

– III –

Entiendo que el agravio vinculado con la ley 25.344 y su reglamentación suscita la apertura de la vía prevista por el art. 14 de la ley 48, toda vez que se discute la aplicación y el alcance de una norma de naturaleza federal y la decisión ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante (Fallos: 319:2867, entre muchos). En tales condiciones, el Tribunal no se encuentra constreñido por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos controvertidos según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 325:3000, entre otros).

– IV –

La ley 25.344 declaró, por un año, prorrogable por una sola vez y por igual término, el estado de emergencia económico–financiera del Estado Nacional. A través de su art. 13, se consolidaron –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 1° de enero de 2000 que se correspondan con cualquiera de los casos de deuda consolidada previsto en el art. 1° de la ley 23.982 y se trate de obligaciones de los entes incluidos en el art. 2° de esta última. Se extendió, además, el carácter de orden público a la ley en los términos y con los alcances previstos en el art. 16 de la ley 23.982.

Por su parte, en el art. 1° se dejó establecido que las disposiciones de carácter común de la ley eran permanentes y que sus términos se aplicarían a todas aquellas normas que se dictaren con posterioridad e hicieran referencia expresa a la emergencia declarada.

La reglamentación de dicha ley –decreto 1116/00– estableció el mecanismo a aplicar en los casos de liquidaciones derivadas de gestión judicial, cual es, entre otros supuestos (ver art. 12 inc. a y b) la expresión del crédito a la fecha de corte y a partir de ésta el interés equivalente a la tasa promedio de caja de ahorro común que publica el Banco Central de la República Argentina, capitalizable mensualmente, para el caso de deudas consolidadas y pagaderas en moneda nacional.

Posteriormente, conforme al art. 58 de la ley 25.725 (presupuesto para el ejercicio 2003) se dio por prorrogado –a los fines de la consoli-

dación de deudas– hasta el 31 de diciembre de 2001 la fecha de corte de las obligaciones de carácter no previsional, vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 a que se refiere el art. 13 de la ley 25.344, las que, determinó, serán atendidas dentro de los límites establecidos en el art. 6° de la ley 23.982. En este último precepto se dispuso que los requerimientos de crédito se atenderán con los recursos que al efecto disponga el Congreso de la Nación en la ley de presupuesto de cada año, siguiendo un orden cronológico de prelación y respetando los privilegios que especifica la ley, a la par de especificar que, a partir de operada de pleno derecho la consolidación, las obligaciones solo devengarán un interés equivalente a la tasa promedio de la caja de ahorro común que publique el Banco Central de la República Argentina, capitalizable mensualmente.

La ley 25.827 (presupuesto para el ejercicio 2004) detalló, en su art. 64, cómo debían atenderse las deudas consolidadas en los términos de las leyes 23.982 y 25.344, según hubiera operado su reconocimiento –sea administrativo o judicial– antes o después del 31 de diciembre de 2001.

– V –

A mi modo de ver, la propia letra de las normas reseñadas *supra* no dejan lugar a dudas de la vigencia de la ley 25.344 para aquellas obligaciones enmarcadas dentro del período que la ley establece como consolidadas y, por ende, le son aplicables todas las normas que a ella se refieran.

Asimismo, pienso que la circunstancia de que la sentencia que reconoce la deuda a favor del Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires sea posterior a la ley de consolidación –en el *sub lite* la admisión judicial del crédito es del 15 de julio de 2003– no impide su aplicación, ya que, si bien con el pronunciamiento judicial nace la obligación de efectuar el pago, su causa es la deuda que la justifica y ésta corresponde a las facturas impagas de 1996 y 1997, años incluidos en los términos de la consolidación de deudas de la ley 25.344.

De lo hasta aquí expuesto surge palmario que la obligación de pago de la deuda reconocida judicialmente está comprendida en la ley 25.344 y sus normas reglamentarias y su medio de pago se rige por la ley 25.827, ninguna de las cuales ha recibido reparo constitucional por el acreedor.

– VI –

Opino, por tanto, que corresponde revocar la sentencia de fs. 187/189 en lo que fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 8 de septiembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Colegio de Farmacéuticos de la Prov. de Buenos Aires c/ D.A.S. s/ cobro ordinario de pesos".

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del señor Procurador Fiscal subrogante, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia. Con costas. Notifíquese y remítase.

Enrique Santiago Petracchi (*según su voto*) — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Carmen M. Argibay (*según su voto*).

Voto del señor presidente doctor don Enrique Santiago Petracchi y de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó en lo sustancial la sentencia dictada en la instancia precedente y condenó a la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso (obra social del sector público, conforme a la resolución 774 de 1998 del Ministerio de Economía agregada a fs. 114 y sgtes.) al pago de 112.566,98 pesos más intereses computados según la tasa activa publicada por el Banco de la Nación Argentina, en concepto de

facturas impagas emitidas en concepto de provisión de medicamentos a los afiliados de aquélla durante 1996, en cumplimiento del convenio de prestación de servicios farmacéuticos celebrado entre las partes y rescindido ese año. Contra esta decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario concedido a fs. 211 por estar en tela de juicio la aplicación de la ley 25.344, cuyo art. 13 dispuso la consolidación, en los términos previstos en la ley 23.982, de las deudas correspondientes al período reclamado.

Que la demandante no cuestionó la aplicabilidad ni la validez constitucional de la ley 25.344 al contestar el memorial de agravios de la contraria contra la condena dictada en primera instancia en septiembre de 2000, ni al serle dado el traslado del recurso extraordinario federal; que omitió contestar (confr. fs. 145/147 y 209/211). En tales condiciones, y por los fundamentos expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que cabe remitirse en razón de brevedad, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada.

Por ello, y lo concordemente expresado por el señor Procurador Fiscal subrogante de la Nación, se resuelve: declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado en cuanto fue materia de agravios. Con costas. Notifíquese y remítanse.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, demandada en autos,** representada por el doctor **Raúl Mario Potenza en su carácter de apoderado,** con el patrocinio letrado del **Dr. Manuel J. Milone.**
Tribunal de origen: **Camara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II.**

JOSE SANTO DI MAURO
v. FERROCARRILES METROPOLITANOS S.A. E.L. Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Casos varios.

Si bien la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al examen de extremos de índole fáctico,

de derecho común y procesal extraños a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para que pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa, traduce un apartamiento de las constancias del expediente, y una inadecuada interpretación de la normativa aplicable con la consecuente afectación de los principios que informan el debido proceso.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la fundamentación normativa.

Es descalificable el pronunciamiento que revocó la procedencia de las indemnizaciones previstas en el art. 15 de la Ley de Empleo, porque consideró que el actor no había dado cumplimiento a lo prescripto por su art. 11 (conforme nueva redacción introducida por el art. 47 de la ley 25.345), en cuanto dispone para la procedencia de las multas, la notificación a la AFIP, en forma fehaciente, de la intimación a la regularización efectuada por el trabajador al empleador, pues dicha remisión sólo resulta exigible para la indemnización prevista en art. 11, inc. b), y no para la del art. 15, que no se encuentra comprendida en la enumeración introducida por el art. 47 de dicha ley.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de la Sala X, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, que modificó parcialmente el decisorio del Magistrado de Primera Instancia, y rechazó las indemnizaciones prescriptas por los artículos 8 y 15 de la Ley 24.013 y 2 de la 25.323, la actora dedujo recurso extraordinario federal solamente respecto de la procedencia de la indemnización especial del artículo 15 de la normativa citada en primer término, el que contestado por la contraria, fue concedido por la Alzada con fundamento en haber incurrido respecto de dicho agravio en un error involuntario que tornaría arbitrario el pronunciamiento en cuanto al citado rubro de refiere, afectándose gravemente el derecho de propiedad y la garantía de debido proceso (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional –v. fs. 223/225, 194/196, 228/231, 235/238, 242–).

– II –

En lo que aquí interesa, corresponde señalar que el *a quo* modificó parcialmente la sentencia del Inferior, que prosperó por la totalidad de los rubros reclamados. En tal sentido, en cuanto aquí interesa, resolvió revocar la procedencia de las indemnizaciones correspondientes a lo normado por el artículo 15° de la Ley de Empleo, porque consideró que el actor no había dado cumplimiento a lo prescripto por el artículo 11° de la citada ley (conforme nueva redacción introducida por el art. 47° de la ley 25.345), en cuando dispone para la procedencia de las multas establecidas en dichos articulados, la notificación a la AFIP, en forma fehaciente, de la intimación a la regularización efectuada por el trabajador al empleador, extremo que refieren se encuentra en cabeza del demandante.

Con lo cual concluyeron que al haber desconocido la accionada la nota remitida al ente estatal y, no habiendo el actor demostrado su autenticidad, y con ello, el cumplimiento efectivo del recaudo antes particularizado, correspondía y así lo hizo la Alzada rechazar los reclamos fundados en dichas normas de la Ley 24.013.

– III –

Se agravia el accionante de que el pronunciamiento de la Alzada resulta parcialmente arbitrario. Ello en lo atinente a la forma en que fue resuelta la inaplicabilidad de la multa prescripta por el artículo 15 de la ley 24.013, con lo cual sostuvo se vulneró el derecho de defensa en juicio y el principio de legalidad que le asiste –arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional–, por lo que consideró que el fallo resulta susceptible de ser revisado por el remedio del artículo 14 de la Ley 48.

– IV –

Con relación a la controversia planteada, tiene dicho V.E. para situaciones similares, que si bien la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remiten al examen de extremo de índole fáctico, de derecho común y procesal extraños a la instancia del artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para que pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando –como en el caso– la decisión de los tribunales de la causa,

traduce un apartamiento de las constancias del expediente, y una inadecuada interpretación de la normativa aplicable con la consecuente afectación de los principios que informan el debido proceso consagrado en el artículo 18° de la Constitución Nacional (Fallos: 311:645; 302:358, entre otros).

Estimo que en el *sub lite* le asiste razón al quejoso, en cuanto sostiene que los argumentos vertidos por la Alzada, tendientes a rechazar la indemnización del artículo 15° de la ley 24.013, reclamada entre otras por el actor, no tiene sustento fáctico ni jurídico, incurriendo en un error de interpretación respecto de lo normado por el artículo 11° de la citada normativa, para la procedencia de la citada multa.

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 11° de la Ley Nacional de Empleo (t.o. 25.345) establece: "Las indemnizaciones previstas en los artículos 8°, 9° y 10° procederán cuando el trabajador... cumplimente en forma fehaciente las siguientes acciones: a) intime al empleador a fin de que proceda a la inscripción...; b) proceda de inmediato y, en todo caso, no después de las 24 horas hábiles siguientes, a remitir a la AFIP copia del requerimiento del inciso anterior".

Por lo expuesto considero en cuanto se refiere al problema aquí debatido, que la mencionada remisión dispuesta en el artículo 11, inciso b) –copia a la AFIP–, solamente resultaría exigible para la indemnización reclamada en el marco del artículo 8° de dicha normativa, pero no hace a la procedencia de la multa establecida en el artículo 15° del mencionado cuerpo legal, ya que ésta no se encuentra comprendida en la enumeración introducida por el artículo 47 de la ley 25.345, que reitero solamente alcanza a las multas previstas en los artículos 8°, 9° y 10° de la ley 24.013, pero en modo alguno obsta a la duplicación a que alude el mencionado artículo 15°, siempre y cuando se hubiere cursado la intimación dirigida al empleador, de manera plenamente justificada, extremo éste que se encuentra debidamente acreditado en autos –v. fs. 152/159–.

En dicho contexto, cabe advertir que la propia Alzada al conceder el recurso extraordinario interpuesto por el accionante, advirtió el error en que incurrió al sostener que el rechazo se sustentó en la inteligencia de que la indemnización peticionada conjuntamente con la del artículo 8°, era la del 10° y no la del 15°, por lo que rechazó el reclamo con apoyo en lo normado por el nuevo artículo 11° de la Ley de Empleo.

Entendió el *a quo* que tratándose de una interpretación francamente errónea de las constancia de autos, originada en un "lapsus" involuntario –según sus propios dichos–, bien podría estimarse, razonablemente, que se haya dictado –en lo que se refiere exclusivamente a este tema– una sentencia arbitraria en los términos de la conocida jurisprudencia de V.E. sobre el punto, afectándose gravemente no sólo el derecho de propiedad consagrado por el artículo 17° de la Constitución Nacional, sino también la garantía del debido proceso (art. 18° Carta Magna) –v. fs. 242–.

En tales condiciones, entiendo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario fundado en la arbitrariedad del pronunciamiento, dejar sin efecto la sentencia con el alcance señalado, y disponer que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia en lo relativo a dicho agravio. Buenos Aires, 20 de octubre de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Di Mauro, José Santo c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. E.L. y otro s/ despido".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por **José Santo Di Mauro,** representado por el **Dr. Alfrdo D. Dueñas.**
Traslado contestado por **Ferrocarriles Metropolitanos S.A. E.L. y Ferrocarriles Argentinos E.L.,** representado por la **Dra. Cynthia A. Fernández.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 27.**

ITAPESCA S.A.C.I. – PROYESUR S.A. UTE v. DIRECCION GENERAL DE ADUANAS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se ha puesto en tela de juicio tanto la vigencia intertemporal como la interpretación de normas de carácter federal (arts. 825, 829 y 830 del Código Aduanero, decretos 1011/91, 2657/91 y 2275/94), así como de actos de autoridad nacional ("circulares télex" N° 6204/92 y 898/95), siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Exportación.

Los arts. 726, 729 y 830 del Código Aduanero son claros al establecer que al momento de registrarse la solicitud de destinación de exportación se fijan las obligaciones y derechos del documentante en torno a la operación que instrumenta.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Exportación.

Es la ley vigente al momento de registrarse la solicitud de destinación de exportación la que ha de serle aplicada a todas las consecuencias que nacen del hecho de su compromiso, tanto en cuanto a su responsabilidad tributaria y penal, como en lo relativo a los beneficios que puede obtener con la operación que realiza, que el Estado no puede luego modificar unilateralmente, al menos sin indemnización.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Exportación.

El nuevo criterio técnico de clasificación, adoptado por la Dirección General de Aduanas en uso de facultades que no han sido cuestionadas y basado en la evolución del estudio científico de las especies, cuya razonabilidad tampoco ha sido objeto de debate, resulta aplicable sólo para el futuro, sin alcanzar a solicitudes de destinación de exportación para consumo registradas con anterioridad a su vigencia, por lo que resulta inadmisible un tratamiento extensivo o analógico que pretenda su aplicación también a operaciones instrumentadas con anterioridad.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACTOS PROPIOS.

El nuevo criterio técnico de clasificación, adoptado por la Dirección General de Aduanas no resulta contrario a sus propios actos, pues se encuentra fundado en la evolución de los criterios científicos propios de la materia que le corresponde regular y, al respecto, no puede atribuirse a su anterior posición el carácter de conducta jurídicamente relevante, que la vincule y obligue a su conservación en el futuro.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

No existe violación de la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional por haberse pagado los reintegros a otros exportadores, en idénticos supuestos que el del recurrente, pues la desigualdad no está en la norma legal por haberse dispuesto un desigual tratamiento, sino que radica en la arbitrariedad de la autoridad administrativa que debe aplicarla.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

Frente a una norma constitucional, el obligado no puede oponerse en razón de que en los hechos sólo a él le fue aplicada, pues el modo de hacer efectiva la responsabilidad del poder administrador, que omite imponer a algunos el cumplimiento de una ley que los comprende, no puede ser –evidentemente– liberar del debido cumplimiento a quienes les fue requerido.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Exportación.

Si la Aduana estima que el nuevo criterio técnico es el correcto –y por tal motivo lo adopta– no corresponde excluir su aplicación a actos cumplidos con anterioridad, en tanto no se afectan derechos adquiridos por el particular de acuerdo con el criterio seguido anteriormente por la administración (“circular télex” 6704/92),

sino que la aplicación de aquél beneficia al exportador, en tanto le permitiría percibir los reintegros, máxime si, al documentar los embarques, hizo reserva de los derechos que pudieren resultar de la clasificación arancelaria que en definitiva se asignase a la mercadería (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

ADUANA: Exportación.

El art. 830 del Código Aduanero no obsta a la aplicación del nuevo criterio técnico para actos cumplidos con anterioridad, en razón de que la controversia no radica en la aplicación de una ley posterior, sino en los alcances del acto por el cual la administración determinó el criterio técnico que estimó correcto para aplicar las normas que se encontraban vigentes en la fecha de registro del permiso de embarque (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 185/187, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo resuelto por el Tribunal Fiscal de la Nación y, en consecuencia, denegó el pedido de autorización para que se liquide el reintegro por la exportación de calamar o pota argentina (“illex argentinus”), documentada a través del permiso de embarque N° 926–2/95.

Destacó, en primer lugar, que existe acuerdo entre las partes en que –al momento de documentarse el permiso de embarque– el calamar argentino se encontraba ubicado, en la Nomenclatura Común del Mercosur (N.C.M.), como una variedad del “ommastrephes” y, según su estado de conservación, tipificaba en la posición 0307.41 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.49 (congelados), razón por la cual en ninguno de los dos supuestos su exportación estaba alcanzada por beneficio promocional alguno.

Puntualizó que la cuestión en debate se centra en determinar si la “circular–télex” 898/95 –mediante la cual se dispuso que el calamar o pota argentina tipificaría en la posición 0307.91.00 (vivos, frescos o

refrigerados) o 0307.99.00 (congelados) y, en consecuencia, quedaría beneficiado por el régimen de reintegro– alcanza a la operación documentada a través del permiso de embarque N° 926–2/95, que es anterior a su vigencia.

En respuesta a ello, afirmó que es el momento del registro de la exportación el que fija las obligaciones y derechos del documentante respecto a la operación que instrumenta y, en consecuencia, no puede ser aplicado retroactivamente el criterio que nace de la "circular–télex" 898/95.

Justificó tal postura no sólo en el texto de la mencionada "circular–télex", sino también en las explicaciones brindadas por la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca para modificar la posición arancelaria en cuestión.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 191/197, que fue concedido por el *a quo* a fs. 207.

En principio, señaló que el régimen de reintegro a las exportaciones no constituye un sistema de excepción o beneficio, de hermenéutica restrictiva, sino una práctica internacional dirigida a aplicar el principio de imposición basado en el "país de destino", que no permite a éstos la fijación de derechos compensatorios de ningún tipo (art. VI.4. del acuerdo del GATT 1994, aprobado por ley 24.425).

Rechazó la aplicación de la "circular-télex" 6704/92 pues –en su criterio– regía para las exportaciones realizadas bajo la vigencia de la Nomenclatura del Comercio Exterior (N.C.E.) establecida por el decreto 2657/91, que perdió vigencia el 31 de diciembre de 1994 con el dictado del decreto 2275/94.

A partir de éste, agregó, rige la N.C.M., bajo la cual se realizaron las operaciones documentadas en el permiso de de embarque N° 926-2/95.

Consideró, entonces, que no existía una interpretación de la Dirección General de Aduanas posterior a la incorporación de la N.C.M. al derecho interno de nuestro país, la cual se materializa a través de

la “circular-télex” 898/95, que adquiere así vigor retroactivo a la fecha de tal incorporación.

Afirmó, para finalizar, que la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca ha querido otorgarle efectos retroactivos a la interpretación que propicia y que el cambio de criterio por parte de la Dirección General de Aduanas es contrario a sus propios actos, quien, de esta forma, ha violado el principio de igualdad, pues a otros exportadores ha abonado los reintegros en idénticos supuestos que en autos, donde fue denegado.

– III –

A mi modo de ver, el remedio federal es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio tanto la vigencia intertemporal como la interpretación de normas de carácter federal (arts. 825, 829 y 830 del Código Aduanero, decretos 1011/91, 2657/91 y 2275/94), así como de actos de autoridad nacional (“circulares télex” N° 6204/92 y 898/95), siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

– IV –

Como señala el decisorio recurrido, existe acuerdo entre las partes en que –al momento de registrarse la solicitud de destinación de exportación para consumo– el calamar argentino se encontraba ubicado como una variedad del “ommastrephes” y, según su estado de conservación, tipificaba en la posición 0307.41 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.49 (congelados), ambas de la N.C.M., de tal forma que, en ninguno de los dos supuestos, su exportación estaba alcanzada por beneficio promocional alguno.

Los arts. 726, 729 y 830 del Código Aduanero son claros al establecer que en aquél momento se fijan las obligaciones y derechos del documentante en torno a la operación que instrumenta, criterio ya sostenido por V.E. en Fallos: 175:86. Es la ley vigente entonces la que ha de serle aplicada a todas las consecuencias que nacen del hecho de su compromiso, tanto en cuanto a su responsabilidad tributaria y penal, como en lo relativo a los beneficios que puede obtener con la ope-

ración que realiza, que el Estado no puede luego modificar unilateralmente, al menos sin indemnización (Fallos: 310:1606, cons. 7°).

Sobre esta base, pienso que a la operación documentada a través del permiso de embarque N° 926-2/95 le resulta aplicable el criterio establecido por la "circular-télex" 6704/92, vigente al momento de la registración de la solicitud de destinación de exportación para consumo, sin que pueda invocarse la "circular-télex" 898/95, que resulta posterior a tal acto.

Por otra parte, no encuentro razones para aplicar retroactivamente el nuevo criterio establecido por esta última, pues si bien es cierto que la "circular-télex" 6704/92 fue dictada bajo la vigencia de la N.C.E. establecida por el decreto 2657/91, que perdió vigor el 31 de diciembre de 1994 con el dictado del decreto 2275/94, también lo es que la N.C.M. que la reemplazó no varió sus criterios de codificación, clasificación y designación, asentados también en el "Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías", establecido por el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías (cfr. art. 1° del decreto 2657/91 y 8° párrafo de los considerandos del decreto 2275/94).

En tales circunstancias, y en forma coincidente con lo dictaminado por la demandada a fs. 27/28 de los antecedentes administrativos que corren agregados por cuerda, es mi opinión que tal reemplazo no implicó modificar tales criterios, que permita atribuirle a la "circular-télex" 898/95 efectos *ex tunc* desde la vigencia del citado decreto 2275/94.

Asimismo, creo importante destacar que la "circular–télex" 898/95 justificó el cambio de posición arancelaria del "illex argentinus" en la evolución de la ciencia taxonómica, que provoca un cambio en la denominación de las especies, conforme el nuevo parámetro establecido por la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación en su nota SSEA N° 67, del 31 de mayo de 1995, la cual transcribe (cfr. fs. 63).

De esta forma, el nuevo criterio técnico de clasificación, adoptado por la Dirección General de Aduanas en uso de facultades que no han sido cuestionadas y basado en la evolución del estudio científico de las especies, cuya razonabilidad tampoco ha sido objeto de debate, resulta –desde mi óptica– aplicable sólo para el futuro, sin alcanzar a soli-

citudes de destinación de exportación para consumo registradas con anterioridad a su vigencia, por lo que resulta inadmisible un tratamiento extensivo o analógico que pretenda su aplicación también a la operación instrumentada a través del permiso de embarque N° 926-2/95 *sub examine*, conforme conocida doctrina de la Corte (Fallos: 289:508; 292:357; 300:1153; 316:1567).

– V –

Por último, el cambio dispuesto por la Dirección General de Aduanas no resulta, desde mi posición, contrario a sus propios actos, pues se encuentra fundado –como se explicó– en la evolución de los criterios científicos propios de la materia que le corresponde regular y, al respecto, no puede atribuirse a su anterior posición el carácter de conducta jurídicamente relevante, que la vincule y obligue a su conservación en el futuro, con el alcance fijado por V.E. en Fallos: 307:1602 y 315:1738.

En lo que respecta a la violación del principio de igualdad que el recurrente funda en la circunstancia del pago de los reintegros a otros exportadores, en idénticos supuestos que el de autos (cfr. respuesta de fs. 108), pienso que tal alegación no resulta admisible. Como es reiterada doctrina del Tribunal, si la desigualdad no está en la norma legal por haberse dispuesto un desigual tratamiento, sino que radica en la arbitrariedad de la autoridad administrativa que debe aplicarla, no existe violación de la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional (Fallos: 202:130; 237:239, entre otros).

Ello es así, pues, frente a una norma constitucional, el obligado no puede oponerse a ello en razón de que en los hechos sólo a él le fue aplicada. El modo de hacer efectiva la responsabilidad del poder administrador, que omite imponer a algunos el cumplimiento de una ley que los comprende, no puede ser –evidentemente– liberar del debido cumplimiento a quienes les fue requerido (Fallos: 202:130).

– VI –

Por lo expuesto, opino que debe confirmarse la sentencia de fs. 185/187 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 22 de diciembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Itapesca SACI – Proyesur S.A. UTE (TF 9848-A) c/ DGA".

Considerando:

Que las cuestiones debatidas en el *sub examine* han sido adecuadamente tratadas en el dictamen del señor Procurador General, que el Tribunal comparte, y a cuyos fundamentos corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por ello, de conformidad con el mencionado dictamen, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO, DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar lo decidido en la instancia anterior, mantuvo la resolución del organismo aduanero que había rechazado la impugnación deducida por la actora contra la resolución que le denegó el pago de reintegros por la exportación de calamar o pota argentina ("illex argentinus") documentada en el permiso de embarque 926-2/95.

2°) Que la cámara señaló que las partes están de acuerdo en que, al momento de documentarse el permiso de embarque, el calamar argentino o "illex argentinus" se encontraba ubicado en una posición de

la Nomenclatura del Mercosur como una variedad del "ommastrephes", el que según su estado de conservación clasificaba en la posición 0307.41 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.49 (congelados), y que no estaba alcanzado por ningún beneficio promocional. Afirmó que el debate se centra en determinar el carácter que corresponde asignar a la "circular télex" 898/95, cuya existencia tampoco discuten las partes "pese a la ausencia de publicación y de demostración en el expediente de documentación oficial que demuestre su origen" (fs. 185 vta.).

Cabe aclarar que mediante dicha "circular télex" –posterior al permiso de embarque– el organismo aduanero estableció que correspondía encuadrar al calamar argentino o pota argentina en la posición arancelaria NCM 0307.91.00 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.99.00 (congelados). De aplicarse este criterio –postulado por la actora– la exportación estaría alcanzada por el régimen de reintegros.

3°) Que para decidir en el sentido indicado, el *a quo* juzgó que de acuerdo con lo establecido por el art. 830 del Código Aduanero, al momento del registro de la operación de exportación quedan fijadas las obligaciones y derechos del documentante respecto de la operación que instrumenta, ya que es la ley entonces vigente la que resulta aplicable a dicha operación. Agregó que dentro del concepto de ley vigente debe considerarse a la interpretación asignada por la Aduana con carácter general a aquélla y a las demás disposiciones que rigen la exportación. De tal manera concluyó en que si en el momento del registro de la exportación la pota argentina o "illex argentinus" no se encontraba ubicada en una posición arancelaria que estuviera beneficiada con algún tipo de reembolso o reintegro, no correspondía aplicar el criterio que nace de la "circular télex" 898/95, puesto que de su texto y de las explicaciones de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca en que ella se funda no surge que la Administración haya expresado su intención de reconocer esas ventajas en relación a hechos anteriores.

4°) Que contra lo así resuelto la parte actora interpuso el recurso extraordinario que fue concedido mediante el auto de fs. 207. Dicho recurso resulta formalmente admisible en tanto se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de carácter federal –como lo son las del Código Aduanero–, así como de actos de autoridad nacional ("circulares télex" 6704/92 y 898/95), y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es adversa al derecho que la apelante sustenta en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

5°) Que en el *sub lite* se discute si a la mercadería documentada en el permiso de embarque N° 926–2/95 del registro de la Aduana de Santa Cruz le corresponde el reintegro establecido en el decreto 1011/94. Según el criterio de la "circular télex" N° 898/95 esa mercadería –calamar argentino o pota argentina– se ubicaría en la posición arancelaria 0307.91.00 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.99.00 (congelados) y, por lo tanto, se encontraría alcanzada por el régimen de reintegro. Sin embargo, al momento de registrarse la solicitud de destinación de exportación para consumo se encontraba en vigencia la "circular télex" N° 6704/92, que tipificaba al calamar argentino en una posición arancelaria que no tenía previsto el reintegro que se solicita.

6°) Que el derecho al reintegro pretendido se origina en las normas que establecen su procedencia por la exportación de mercaderías comprendidas en determinadas posiciones arancelarias. Las "circulares télex" como las mencionadas –no publicadas en el Boletín Oficial– sólo constituyen la explicitación del criterio del organismo aduanero para la aplicación de tales normas, en particular en lo referente a la clasificación de determinada clase de mercadería en una u otra posición arancelaria. De tal manera, si en virtud de "mayores precisiones de índole científica" y por la evolución de la ciencia taxonómica, se llega a la conclusión de que no resultaba procedente considerar –como se había hecho en el año 1992– al "illex argentinus" como perteneciente al género "ommastrephes", por tratarse de una especie reconocida internacionalmente como perteneciente al género "illex" (confr. la nota de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca transcripta en la "circular télex" 898/95 a fs. 63), y si por tal motivo el organismo aduanero expresa que corresponde encuadrar a la mercadería definida como "calamar o pota argentina (illex argentinus)" en las posiciones arancelarias NCM 0397.91.00 o bien en la 0307.99.00 –según su estado de conservación–, no puede dejar de aplicarse ese criterio técnico a una exportación de tal mercadería por la sola circunstancia de que fue documentada con anterioridad a esa "circular télex".

7°) Que, en efecto, si la Aduana estima que el nuevo criterio técnico es el correcto –y por tal motivo lo adopta– no hay razones válidas para excluir su aplicación a actos cumplidos con anterioridad, en tanto no se presenta un supuesto (como el contemplado en Fallos: 321:751, cons. 10 y su cita, entre otros) en el cual de ese modo pudieren afectarse derechos adquiridos por el particular de acuerdo con el criterio seguido anteriormente por la administración ("circular télex" 6704/92). Por el contrario, en el *sub lite* la aplicación de aquél beneficia al

exportador, en tanto le permitiría percibir los reintegros. Ello es así máxime habida cuenta de que aquél, al documentar los embarques, hizo reserva de los derechos que pudieren resultar de la clasificación arancelaria que en definitiva se asignase a la mercadería (confr. fs. 13 de las actuaciones administrativas que corren agregadas por cuerda).

8°) Que cabe señalar, finalmente, que el art. 830 del Código Aduanero –tenido especialmente en cuenta por el *a quo*– no obsta a la conclusión expuesta en razón de que la controversia no radica en la aplicación de una ley posterior, sino en los alcances del acto por el cual la administración determinó el criterio técnico que estimó correcto para aplicar las normas que se encontraban vigentes en la fecha de registro del permiso de embarque.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en el presente. Notifíquese y remítase.

ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Itapesca SACI,** representado por el Dr. **Eduardo Alfredo Saraví,** con el patrocinio del Dr**. Gustavo Zunino.**
Traslado contestado por **Dirección General de Aduanas,** representada por la Dra**. Liliana Stella Maris Marconi.**
Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación.**

LOBA PESQUERA S.A. Y OTROS V. DIRECCION GENERAL DE ADUANAS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario, en tanto se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (arts. 825, 829 y 830 del Código Aduanero, decretos 1011/91, 2657/91 y 2275/94), así como de actos de autoridad nacional (“circulares télex” N° 6204/92 y 898/95), siendo la sen-

tencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Exportación.

El nuevo criterio técnico de clasificación, adoptado por la Dirección General de Aduanas en uso de facultades que no han sido cuestionadas y basado en la evolución del estudio científico de las especies, cuya razonabilidad tampoco ha sido objeto de debate, resulta aplicable sólo para el futuro, sin alcanzar a solicitudes de destinación de exportación para consumo registradas con anterioridad a su vigencia, por lo que resulta inadmisible un tratamiento extensivo o analógico que pretenda su aplicación también a operaciones instrumentadas con anterioridad.
–Del precedente "Itapesca", al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Procedimiento.

Con sustento en lo dispuesto en la sección X del Código Aduanero (ley 22.415) que clasifica, en sus tres primeros capítulos, los diferentes estímulos a la exportación ("drawback", "reintegros y reembolsos", y "otros estímulos", respectivamente), el capítulo IV, que regula el derecho y la acción del particular para percibir los estímulos no abonados, y el capítulo V la acción del fisco para repetir los importes pagados indebidamente por este concepto (arts. 845 a 855), es clara la facultad de la autoridad aduanera para intimar la devolución de los reintegros indebidamente pagados.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ADUANA: Exportación.

Si la Aduana estima que el nuevo criterio técnico es el correcto –y por tal motivo lo adopta– no corresponde excluir su aplicación a actos cumplidos con anterioridad, en tanto no se afectan derechos adquiridos por el particular de acuerdo con el criterio seguido anteriormente por la administración ("circular télex" 6704/92), sino que la aplicación de aquél beneficia al exportador, en tanto le permitiría percibir los reintegros, máxime si, al documentar los embarques, hizo reserva de los derechos que pudieren resultar de la clasificación arancelaria que en definitiva se asignase a la mercadería (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).
–Del precedente "Itapesca", al que remitió la disidencia–.

ADUANA: Exportación.

El art. 830 del Código Aduanero no obsta a la aplicación del nuevo criterio técnico para actos cumplidos con anterioridad, en razón de que la controversia no radica en la aplicación de una ley posterior, sino en los alcances del acto por el

cual la administración determinó el criterio técnico que estimó correcto para aplicar las normas que se encontraban vigentes en la fecha de registro del permiso de embarque (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).
–Del precedente "Itapesca", al que remitió la disidencia–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 155/157, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación y, en consecuencia, ratificó la procedencia de la devolución de los reintegros por la exportación de calamar o pota argentina ("illex argentinus"), percibidos indebidamente por la actora a raíz de las operaciones instrumentadas en los permisos de embarque N° 1457/95; 1458/95 y 1433/95.

Destacó, en primer lugar, que existe acuerdo entre las partes en que –al momento de documentarse los permisos de embarque– el calamar argentino se encontraba ubicado, en la Nomenclatura Común del Mercosur (N.C.M.), como una variedad del "ommastrephes" y, según su estado de conservación, tipificaba en la posición 0307.41 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.49 (congelados), razón por la cual en ninguno de los dos supuestos su exportación estaba alcanzada por beneficio promocional alguno.

Puntualizó que la cuestión en debate se centra en determinar si la "circular-télex" 898/95 –mediante la cual se dispuso que el calamar o pota argentina tipificaría en la posición 0307.91.00 (vivos, frescos o refrigerados) o 0307.99.00 (congelados) y, en consecuencia, quedaría beneficiado por el régimen de reintegro– alcanza a las operaciones documentadas a través de los permisos de embarque N° 1457/95; 1458/95 y 1433/95, anteriores a su vigencia.

En respuesta a ello, afirmó que es el momento del registro de la exportación el que fija las obligaciones y derechos del documentante

respecto a la operación que instrumenta y, en consecuencia, no puede ser aplicado retroactivamente el criterio que nace de la "circular-télex" 898/95.

Justificó tal postura no sólo en el texto de la mencionada "circular-télex", sino también en las explicaciones brindadas por la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca para modificar la posición arancelaria en cuestión.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 160/182, que fue concedido por el *a quo* a fs. 204.

Señaló que el *a quo* omitió pronunciarse sobre las defensas interpuestas, en especial, en torno a que los pagos en concepto de reintegro han sido –en todos los casos– materia de decisión administrativa ya firme, limitando su análisis al hecho de que –al momento de la documentación de los permisos de embarque– el calamar o pota argentina se encontraba ubicado en una posición arancelaria no beneficiada por estímulos a la exportación.

Añadió que tampoco se ha considerado la reserva de derechos realizada por sus mandantes al momento de documentar la operación, en espera del dictamen de la Dirección Nacional de Pesca, ni la causalidad del acto de intimación cursado por la Dirección General de Aduanas.

– III –

A mi modo de ver, el remedio federal es formalmente admisible, en tanto se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (arts. 825, 829 y 830 del Código Aduanero, decretos 1011/91, 2657/91 y 2275/94), así como de actos de autoridad nacional ("circulares télex" N° 6204/92 y 898/95), siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria al derecho que el recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

– IV –

Liminarmente, considero que el análisis de la procedencia del reintegro por las operaciones de exportación del *sub lite* guarda sustancial

analogía con el ya realizado por este Ministerio Público el 22 de diciembre de 2003, *in re* I.6, L.XXXVIII, "Itapesca S.A.C.I. – Proyesur S.A. U.T.E. (T.F. 9848-A) c/ D.G.A.", a cuyos fundamentos me remito en cuanto fueren aplicables al *sub judice*.

Por lo allí expresado, considero que a las operaciones documentadas a través de los permisos de embarque N° 1457/95; 1458/95 y 1433/95 les resulta aplicable el criterio establecido por la "circular-télex" 6704/92, vigente al momento de la registración de las solicitudes de destinación de exportación para consumo, sin que pueda invocarse la "circular-télex" 898/95, que resulta posterior a tales actos.

En consecuencia, pienso que no correspondía el pago de los reintegros a la exportación a estas operaciones.

– V –

Establecido lo anterior, es mi opinión que –contrariamente a lo sostenido por la recurrente– la Dirección General de Aduanas posee facultades para intimar la devolución de los reintegros abonados indebidamente en autos.

En efecto, la sección X del Código Aduanero (ley 22.415) clasifica, en sus tres primeros capítulos, los diferentes estímulos a la exportación ("drawback", "reintegros y reembolsos", y "otros estímulos", respectivamente). A continuación, el capítulo IV regula el derecho y la acción del particular para percibir los estímulos no abonados, y el capítulo V la acción del fisco para repetir los importes pagados indebidamente por este concepto (arts. 845 a 855).

Con sustento en tales dispositivos, es clara la facultad de la autoridad aduanera para intimar la devolución de los reintegros indebidamente pagados en el *sub judice*, atribución que, en otro supuesto pero con idéntico fundamento legal, V.E. ya había reconocido en Fallos: 321:751, cons. 7°.

Tal conclusión no se altera a raíz de la reserva de derechos realizada por la actora pues, por las razones expuestas en el acápite anterior, las operaciones del *sub lite* no se encontraban beneficiadas por el

reintegro y, en consecuencia, no poseía ella derecho alguno sobre el cual efectuar reserva.

Para finalizar, la intimación de pago 75/95 (fs. 29 de los antecedentes administrativos que corren agregados por cuerda), fundada en la disposición 60/95 (fs. 33 de los citados antecedentes) resulta, por idénticos motivos, sustentada en el derecho aplicable, cumpliendo con la causa válida requerida para este tipo de acto.

– VI –

Por lo expuesto, opino que debe confirmarse la sentencia de fs. 155/157 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 17 de marzo de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Loba Pesquera S.A. y otros (TF 8932-A) y otros c/ D.G.A.".

Considerando:

Que las cuestiones debatidas en el *sub lite* han sido adecuadamente tratadas en el dictamen del señor Procurador General, que el Tribunal comparte y a cuyos fundamentos corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano (*en disidencia*) — Juan Carlos Maqueda (*en disidencia*) — E. Raúl Zaffaroni (*en disidencia*) — Elena I. Highton de Nolasco — Carmen M. Argibay.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO, DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que resulta aplicable a la cuestión debatida en el *sub lite* la doctrina establecida por el Tribunal, en la fecha, en la causa I.6.XXXVIII "Itapesca S.A.C.I. – Proyesur S.A. UTE (TF 9848-A) c/ D.G.A.", disidencia de los jueces Boggiano, Maqueda y Zaffaroni; a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse, en lo pertinente, en razón de brevedad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y remítase, con copia del fallo mencionado.

ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Loba Pesquera S.A. y otros,** representada por el Dr. **Mario Sixto Portela.**
Traslado contestado por **la Dirección General de Aduanas,** representada por la Dra**. Silvina Pepe.**
Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación.**

ADRIAN JOSE MENA v. OBRA SOCIAL DE LA UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACION (EX-IOS)

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si el recurso extraordinario federal fue parcialmente concedido, sin que se haya deducido la queja correspondiente, la Corte no está habilitada para tratar los agravios atinentes a la arbitrariedad de la sentencia. En consecuencia, la jurisdicción del Tribunal queda expedita para examinar, en la medida en que el recurso ha sido concedido, los agravios referentes a la aplicación al *sub lite* de las normas federales en juego, los que suscitan cuestión federal suficiente con fundamento en el art. 14, inc. 3° de la ley 48.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

La comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación de la iniciación del juicio, de acuerdo con el art. 6 de la ley 25.344, no constituye una sentencia definitiva sobre la naturaleza jurídica del organismo, máxime cuando no ha habido, en el caso, sustanciación entre las partes.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

La resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos que dispuso que la obra social demandada se encuentra comprendida dentro del sector público, no se adecua a la norma general aplicable a la cuestión.

OBRAS SOCIALES.

El decreto 2359/93 creó el Instituto de Obra Social (I.O.S.), que quedó sometido a la ley 19.330. Posteriormente, el decreto 218/95 transformó al I.O.S. en una obra social sindical sujeta al régimen de la ley 23.660, para ser conducida y administrada por la Unión del Personal Civil de la Nación (U.P.C.N.). Esta ley –al señalar los entes que quedan comprendidos en su ámbito– diferencia las obras sociales sindicales que declara que son patrimonio de los trabajadores que la componen, y las relacionadas con la administración central del Estado Nacional, sus organismos autárquicos y descentralizados, y las empresas y sociedades del Estado.

CONSOLIDACION DE DEUDAS.

Si la obra social puede incorporar adherentes ajenos a los cuadros de la administración, por lo que sus beneficiarios, con independencia de que la afiliación sea obligatoria o voluntaria, no provienen con exclusividad del sector público (art. 1°, inc. a, resolución 761/94), la integración del Consejo Directivo depende sólo de la asociación gremial sin representación del Estado Nacional, y el patrimonio de la obra social pertenece a los trabajadores (ley 23.660), la demandada no reúne las características necesarias para ser considerada obra social del sector público y queda excluida del ámbito de aplicación de las normas de consolidación.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala I) confirmó la sentencia de la instancia anterior que hizo

lugar a la demanda interpuesta contra la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (ex-IOS), a fin de obtener una indemnización por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones médico asistenciales. Asimismo, en lo que aquí interesa, resolvió que resulta inaplicable al *sub lite* la ley 25.344 de consolidación de deudas del Estado (v. fs. 561/563).

– II –

Contra esta decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario parcialmente concedido a fs. 584, sin que hubiera presentado la queja correspondiente, motivo que impide a la Corte tratar los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia.

Afirma que el fallo carece de sustento jurídico, pues realiza una interpretación discrecional de las normas vigentes para concluir que la obra social demandada se encuentra excluida de la ley 25.344. Dice que sólo tuvo en cuenta la composición de sus órganos de conducción y de la población beneficiaria, sin considerar la estructura de su patrimonio, que es uno de los puntos relevantes a los fines de aplicar la ley citada.

Destaca que, de las disposiciones de los decretos 2359/93, 218/95 y 622/96, surge claramente que la demandada es una obra social del sector público, pues su población beneficiaria abarca a los trabajadores del sector público, su patrimonio se encuentra integrado por el activo y pasivo del ex-Instituto de Obra Social y, además, su carácter no se modifica por la circunstancia de que existan afiliados adherentes, quienes contratan con ella a cambio del pago de una cuota mensual para recibir las prestaciones médico asistenciales. Concluye que de las normas mencionadas, así como de lo dispuesto por la ley 25.344, el decreto reglamentario 1116/00 y la resolución 848/96 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, resulta indudable dicho carácter de obra social del sector público.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, puesto que se halla en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal y la decisión impugnada –asimilable a definitiva, en tanto le ocasiona a la demandada un gravamen

de imposible reparación ulterior– es contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, considero que asiste razón a la apelante en cuanto sostiene que la Obra Social del Personal Civil de la Nación es una obra social del sector público, en los términos del art. 2° de la ley 23.982 y, en consecuencia, el crédito reconocido a la actora –indemnización por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones médico asistenciales por parte del establecimiento contratado– debe ser percibido a través de los mecanismos que establece el régimen de consolidación de deudas del Estado.

En efecto, el art. 36 del decreto reglamentario 2140/91 encomienda al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos "resolver las cuestiones específicas que genere su puesta en práctica [el sistema de cancelación de pasivos de la ley 23.982] y, a la vez, dictar las normas aclaratorias, interpretativas o complementarias que requiera esta reglamentación". En ejercicio de tales facultades, dicho Ministerio dictó la resolución 761/94, que determinó las características que debían reunir las obras sociales a los efectos de ser consideradas pertenecientes al sector público y el trámite a seguir con relación a las deudas consolidables. A su vez, la resolución 848, del 27 de junio de 1996, expresa que se corroboró que la Obra Social del Personal Civil de la Nación reúne los extremos exigidos por la disposición citada y que, por ende, queda comprendida en los términos de la ley 23.982.

Al resolver a fs. 561/563 lo discutido en autos, el *a quo* se limitó a aplicar la reglamentación dictada por el ministerio competente y soslayó lo decidido específicamente, en su carácter de autoridad de aplicación y previa intervención de los órganos de consulta, respecto de la obra social demandada, sin que ninguna de las partes hubiera puesto en tela de juicio la validez de la Resolución N° 848/96 ya citada, circunstancia que impedía que la Cámara omitiera su aplicación del modo en que lo hizo (v. sentencia del 29 de abril de 2004, *in re* C. 3420, L.XXXVIII, "Centro Médico Neuropsiquiátrico S.A. c/ Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso s/ incumplimiento de prestación de obra social", que remite a los fundamentos del dictamen de esta Procuración General).

En tales condiciones, pienso que la conclusión a la que arribó el tribunal en el presente litigio carece de sustento, pues una correcta inteligencia de las normas federales en juego impide excluir a la obra social demandada del régimen de consolidación de deudas.

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 561/563 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 8 de septiembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Mena, Adrián José c/ Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ incumplimiento de prestación de obra social".

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la primera instancia, y declaró que el crédito del actor no está consolidado por la ley 25.344 toda vez que, de acuerdo con los fundamentos de un precedente de la misma sala, la demandada se encuentra expresamente excluida de las disposiciones de ese ordenamiento legal.

Contra el pronunciamiento, la vencida interpuso el recurso extraordinario federal que fue parcialmente concedido a fs. 584 sin que se haya deducido la queja correspondiente, razón por la cual la Corte no está habilitada para tratar los agravios atinentes a la arbitrariedad de la sentencia. En consecuencia, la jurisdicción de este Tribunal queda expedita para examinar, en la medida en que el recurso ha sido concedido, los agravios referentes a la aplicación al *sub lite* de las normas federales en juego en este conflicto, los que suscitan cuestión federal suficiente con fundamento en el art. 14, inc. 3° de la ley 48.

2°) Que los agravios de la recurrente, dirigidos a establecer su pertenencia al "sector público" en los términos del art. 2 de la ley 23.982, se basan en dos órdenes de cuestiones: a) una primera, fundada en que lo resuelto por la cámara importó revocar la resolución de la instancia anterior que, al suspender el proceso de conformidad con lo establecido en el art. 6 de la ley 25.344, habría encuadrado el caso en esa normativa; de manera que la decisión no se avendría con la regla de la inmutabilidad de los actos procesales consentidos, cumplidos y firmes; b) la segunda, en cuanto a que para determinar el carácter de obra social del sector público la sentenciante sólo tomó en consideración la composición de los órganos de conducción del ente y la de su población beneficiaria, pero soslayó la de su patrimonio, que es el elemento relevante para la aplicación de la ley de consolidación.

3°) Que respecto del primer agravio planteado, aunque es de orden procesal se halla inescindiblemente unido a la cuestión federal, pues debe determinarse si la suspensión del proceso implicó un pronunciamiento que se encuentre firme y consentido sobre el carácter de la demandada a los fines de la aplicación del régimen de consolidación.

Al respecto, debe entenderse que la comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación de la iniciación del juicio, de acuerdo con el art. 6 de la ley 25.344, no constituye una sentencia definitiva sobre la naturaleza jurídica del organismo, máxime cuando no ha habido, en el caso, sustanciación entre las partes (ver fs. 309 y 317).

4°) Que en cuanto al agravio referente al encuadre de la demandada, el art. 2° de la ley 23.982 establece que la consolidación dispuesta comprende, entre otros supuestos, las obligaciones de "las obras sociales del sector público". Por su parte, el art. 36 del decreto 2140/91, reglamentario de aquélla, encomienda al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos –en su carácter de autoridad de aplicación– "resolver las cuestiones específicas que genere su puesta en práctica y, a la vez, dictar las normas aclaratorias, interpretativas o complementarias que requiera esta reglamentación".

5°) Que en ejercicio de tales facultades, dicho ministerio dictó la resolución 761/94, que establece que las obras sociales a que se refiere el art. 2° citado son las que reúnan las siguientes características: a) que sus beneficiarios sean exclusivamente trabajadores del sector público; b) que sean creadas por ley de la Nación; c) que el Estado

Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria en su capital o en la formación de sus decisiones, entendiéndose como tal que los miembros de su directorio u órgano de gobierno representen en su totalidad o mayoritariamente al Estado Nacional.

6°) Que el mismo ministerio dictó también la resolución 848/96, que dispuso que la obra social demandada, al reunir los extremos exigidos por la antes citada resolución 761/94, se encuentra comprendida dentro del sector público.

Si bien la apelante funda su derecho en esa disposición, para que él encuentre adecuado fundamento es menester, de acuerdo con un principio elemental, que el contenido de aquélla se ajuste a los criterios generales en la materia, esto es, que el acto particular de que se trata sea conforme a las normas legales o reglamentarias pertinentes, pues de lo contrario se afectaría el principio de legalidad.

En ese contexto, la resolución 848/96 no se adecua a la norma general aplicable a la cuestión, lo que impide que sea sustento idóneo para que la demandada funde en ella derecho alguno.

7°) Que, para caracterizar a la demandada, es dable recordar que el decreto 2359/93 –al unificar el Instituto de Obra Social para el Personal de los Ministerios de Bienestar Social y de Trabajo con el Instituto Nacional de Obras Sociales para el Personal de la Administración Pública Nacional y sus entes autárquicos y descentralizados– creó el Instituto de Obra Social (I.O.S.), que quedó sometido a la ley 19.330.

Posteriormente, el decreto 218/95 transformó al I.O.S. en una obra social sindical sujeta al régimen de la ley 23.660, para ser conducida y administrada por la Unión del Personal Civil de la Nación (U.P.C.N.).

Esta ley –al señalar los entes que quedan comprendidos en su ámbito– diferencia, por un lado, las obras sociales sindicales que declara que son patrimonio de los trabajadores que la componen (art. 12, inc. a), y, por el otro, las relacionadas con la administración central del Estado Nacional, sus organismos autárquicos y descentralizados, y las empresas y sociedades del Estado.

8°) Que en cuanto a los afiliados de la obra social, en Fallos: 319:2921 se consideró relevante para dilucidar un caso similar al presente, en el que se excluyó del sector público a una determinada obra

social, la circunstancia de que –al agrupar a trabajadores estatales y no estatales– no prestaba cobertura exclusiva a trabajadores de aquel sector.

Sin perjuicio de ese criterio, la demandada pretende una diferenciación ya que sus posibles afiliados adherentes no están obligatoriamente comprendidos como en el caso del precedente citado sino que contratan con la obra social a cambio del pago de una cuota mensual, al igual que sucede con las empresas de medicina pre-paga.

9°) Que ese argumento no puede ser acogido, pues la obra social sindical demandada considera afiliados a los trabajadores que presten servicios en cualquier actividad dentro del ámbito de aplicación establecido en el art. 1° de su estatuto, los miembros de su grupo familiar primario, otros parientes o convivientes, y, además, y con iguales derechos, a las personas no incluidas en la enunciación que formula el art. 8 de la ley 23.660 con los recaudos, aportes y contribuciones que al efecto se establezcan (conf. art. 28, incs. a, b, c y d del estatuto, obrante a fs. 161/175).

En consecuencia, la demandada puede incorporar adherentes ajenos a los cuadros de la administración, por lo que sus beneficiarios, con independencia de que la afiliación sea obligatoria o voluntaria, no provienen con exclusividad del sector público (art. 1°, inc. a, resolución 761/94, citada).

10) Que en lo atinente a los restantes requisitos exigidos por la mencionada disposición, la integración del Consejo Directivo depende sólo de la asociación gremial sin representación del Estado Nacional, el que no participa de las decisiones de la entidad pues carece de miembros en el órgano de gobierno de aquélla (conf. art. 8 del estatuto). Y, en cuanto al patrimonio de la obra social –que, como se dijo precedentemente, la ley 23.660 declaró que pertenece a los trabajadores– se conforma con el activo y el pasivo de su predecesora (I.O.S.), de los cuales se hizo cargo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del decreto de transformación 218/95, con los bienes inmuebles que esta última le transfirió (conf. dto. 622/96) y con todos los enumerados en el art. 7 del estatuto, por lo que el Estado Nacional tampoco tiene participación en el capital.

En conclusión, a la luz de la resolución 761/94, la obra social demandada no reúne las características necesarias para ser considera-

da una obra social del sector público y por ende queda excluida del ámbito de aplicación de las normas de consolidación.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **la apoderada de la Obra Social Unión Personal de la Unión Personal Civil de la Nación, demandada en autos,** representada por **la Dra. María Cristina Yáñez Rey.**
Traslado contestado por **Adrián J. Mena,** representado por **la Dra. Elena Liliana Costa.**
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° 11.**

YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES v. ENARGAS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se discute la inteligencia de normas federales –art. 14 de la ley 24.076 y resolución 421/97 (t.o. res. 478/97) del ENARGAS– y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que el recurrente funda en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

El art. 14 de la ley 24.076 es claro en cuanto al requisito que se debe cumplir para estar incluido en la categoría de comercializador: comprar y vender gas por cuenta de terceros, situación en la que no se encuentra quien, en su carácter de productor, también adquiere gas de terceros.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara, pues de otro modo se podría llegar a una inteligencia que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

Las discusiones parlamentarias son simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronunciaron y que no fueron establecidas o admitidas claramente en el texto de la ley que se discutía.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

Es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras en que ellas están concebidas (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

No es siempre método recomendable atenerse estrictamente a las palabras de las leyes, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de su aplicación racional (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

No es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Si bien las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de una ley, son en general simples manifestaciones de la opinión individual de los legisladores que los pronuncian, no puede decirse lo mismo de las explicaciones, aclaraciones o informes de las comisiones parlamentarias encargadas del estudio de los proyectos que despachan, puesto que debe suponerse que ellas efectúan un examen minucioso y detenido del fondo y la forma de dichos proyectos y, en consecuencia, constituyen una fuente legítima de interpretación (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Resulta pertinente atender a la voluntad expresa del legislador en el sentido de comprender en el concepto de comercializador tanto a quien compra gas natural por cuenta propia y posteriormente lo vende, cuanto a quien lo hace por cuenta de terceros –art. 14 de la ley 24.076–, interpretación que es la que más se compadece con el propósito declarado en la ley (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Gravamen.

Corresponde rechazar las impugnaciones relativas a la inconstitucionalidad del régimen de penalidades previstos por la resolución del ENARGAS 421/97 –t.o. por resolución 478/97– pues en tanto remiten a la hipótesis de la eventual aplicación de una sanción, constituyen un cuestionamiento abstracto que provocaría la intervención de la Corte en un simple carácter consultivo (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

YPF S.A. interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de fs. 242/247, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III), que rechazó su pretensión tendiente a que se declare la nulidad de los arts. 1°, 9° y 10 de la resolución N° 421/97 del Ente Nacional Regulador del Gas (t.o. por res. N° 478/97). El primero, porque incluye en la figura de “comercializador” –prevista en el art. 14 de la ley 24.076– a los productores que compren gas natural de la producción de terceros o su transporte para luego venderlo, y los restantes, porque atentan contra el principio de legalidad (fs. 250/262).

Sostuvieron los jueces, en esencia, que las disposiciones atacadas no vulneran el principio de legalidad, porque los arts. 52, inc. ñ, 71 y 72 de la ley 24.076 facultan al Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante ENARGAS) a reglamentar el procedimiento para la aplicación de sanciones, asegurando el principio del debido proceso, y los arts. 9° y 10 de la resolución cuestionada sólo aplican penas a conduc-

tas u omisiones contrarias a la ley o a su reglamento, al tiempo que utiliza criterios similares a los previstos en el citado art. 71.

En cuanto a la inclusión de los productores en el concepto de comercializador de gas que prevé el art. 14 de la ley antes mencionada, desestimaron las objeciones de YPF S.A. –consistentes en que la ley sólo contempla en dicha categoría a los que compran "por cuenta" de terceros y no a los que también lo hacen "por sí", como equivocadamente lo hace la resolución que impugna–, porque si se admitiera una interpretación estrictamente literal de aquella disposición se desvirtuaría la intención que tuvo el legislador al sancionarla, según concluyeron luego de examinar las intervenciones de los distintos diputados y senadores que participaron del debate parlamentario en donde se discutió y sancionó la ley.

Por otra parte, consideraron que la actividad de YPF S.A., cuando compra gas a terceros y luego lo vende, tiene las mismas características que las que de un comercializador y difiere de la conducta típica de un productor, de ahí que aplicar un régimen jurídico distinto a situaciones análogas no sólo violaría el principio de igualdad, sino que tampoco respetaría la defensa de la libre concurrencia para evitar distorsiones en los mercados, que también es un valor constitucional (arts. 16 y 42, segundo párrafo de la Ley Suprema) pues, de otro modo, aquella actividad no tendría ninguna regulación, dado que no está contenida cabalmente en la figura del productor ni en la de ningún otro sujeto de la ley. Asimismo, estimaron que no hay inconvenientes en que un productor también revista la condición de comercializador.

– II –

El recurrente sostiene que el fallo vulnera los principios de jerarquía normativa y de legalidad, al tiempo que conculca los derechos constitucionales de ejercer libremente el comercio y de inviolabilidad de la propiedad.

En síntesis, sus agravios consisten en: a) que la resolución impugnada vulnera los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, porque, al asimilarlo a la figura del comercializador, lo sujeta a un régimen sancionatorio en donde las penas están determinadas por un acto administrativo y torna más gravosa su actividad económica, toda vez que le impone una serie de requisitos inconstitucionales que podrían, incluso, llegar a suspender sus operaciones, dado que el art. 10 confie-

re al ENARGAS la facultad de sancionar con la "suspensión temporal o definitiva de la actividad" llevada a cabo por los sujetos comprendidos en su régimen; b) pese a que el *a quo* definió correctamente a la figura del "comercializador", se equivoca cuando, en vez de averiguar si YPF S.A. compra y vende gas natural por cuenta de terceros, se interna en el análisis del debate parlamentario. En su concepto, dilucidar aquella cuestión es determinante para resolver la cuestión, ya que no intermedia en el mercado de gas natural; c) la Cámara omitió tratar su agravio relativo a que el ENARGAS carece de competencia para reglamentar el art. 14 de la ley 24.076, pues ello es facultad del Poder Ejecutivo Nacional; d) la sentencia prescindió de la primera fuente de interpretación de la ley –su letra– y no corresponde recurrir a otras fuentes cuando su texto es claro, tal como sucede en el caso. Insiste en que no actúa como comercializador, en los términos legales, porque todas las compras y ventas de gas que realiza son a su propio costo y por su exclusiva cuenta; e) el análisis del tratamiento legislativo del proyecto de ley que luego se convirtió en la 24.076 no parece indicar la conclusión final a la que arribó el *a quo*, porque las comisiones parlamentarias que intervinieron en su examen, restringieron la figura del comercializador a quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros –de manera distinta a la opinión del Senado, cercana a la que postula el ENARGAS–, sin que la mera intervención de dos diputados cuando se discutía el proyecto en la Cámara de Diputados modifique esta conclusión; f) el *a quo* también se equivoca cuando afirma que la actividad de YPF S.A. –cuando compra gas de terceros y luego lo vende– tiene las características propias de un comercializador y deja de ser productor, porque realizar aquella actividad no es suficiente para estar comprendido en el art. 14 de la ley 24.076, dado que de otro modo, nunca se podría determinar cuándo YPF actúa como productor y cuándo como comercializador, ya que una vez que el gas natural ingresa a su dominio se confunde con el de su propia producción. Por otra parte, la compra y venta por cuenta de terceros no es una situación análoga a la compra y posterior venta, ya que son actividades económicas distintas, pues el riesgo y la recompensa son diferentes; g) los jueces no pueden legislar ni extender los conceptos legales, ya que si la actividad no se encuentra regulada, aquéllos no pueden incluirla en una u otra categoría.

– III –

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues en autos se discute la inteligencia de normas federales (art. 14 de la ley

24.076 y resolución 421/97 [t.o. res. 478/97] del ENARGAS) y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48 y Fallos: 319:2602, entre otros).

– IV –

Así planteada la cuestión, cabe recordar que la ley 24.076 diferencia entre los sujetos de la industria del gas natural y los comprendidos en el citado cuerpo normativo (art. 9°) y, al definir a estos últimos, señala que aquel que "compra y vende gas natural por cuenta de terceros" se considera comercializador (art. 14). En tales condiciones, el *thema decidendum* consiste en determinar si el productor que compra gas natural de terceros o su transporte para luego venderlo se encuentra comprendido en aquella figura.

Desde mi punto de vista, la respuesta es negativa, porque aquél compra para sí, de tal forma que el gas que adquiere ingresa en su patrimonio y se confunde con el propio, sin que pierda esta última condición porque después lo venda. El comercializador, en tanto, no adquiere el producto para sí, sino que compra y vende por cuenta de terceros, sin que sea un obstáculo para ello el hecho de que acopie o acumule gas para luego venderlo.

El texto legal, a mi modo de ver, es claro en cuanto al requisito que se debe cumplir para estar incluido en la categoría de comercializador: comprar y vender gas por cuenta de terceros, situación en la que –tal como lo reconoce el *a quo*– no se encuentra el apelante, pese a que, en su carácter de productor, también adquiere gas de terceros. Por ello, resulta aplicable la jurisprudencia del Tribunal a cuyo tenor la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara (doctrina de Fallos: 314:1018; 315:1256), pues de otro modo se podría llegar a una inteligencia que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 316:1247; 318:198 y 441).

Por otra parte, si bien es cierto que, en el caso, no existe plena coincidencia entre los dictámenes previos de las comisiones legislativas que examinaron el proyecto de ley y las intervenciones de los legisladores que participaron en su discusión parlamentaria, es pertinente recordar que, desde antiguo, V.E. ha señalado que el valor de

las últimas son "*simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronunciaron, y que no fueron establecidas o admitidas claramente en el texto de la ley que se discutía*" (Fallos: 77:319, cons. 7°) y, en tales condiciones, mantiene vigencia el aludido principio general en materia de interpretación de la ley.

En otro orden de ideas, considero que asiste razón al apelante cuando señala que no puede ser incluido en la figura de comercializador solamente porque su actividad no está contenida cabalmente en la de productor, ya que es claro que tampoco está comprendida en la primera de aquéllas. Es que no se debe extender los alcances del precepto legal más allá del ámbito natural que surge de sus términos, porque no se trata de incluir forzosamente actividades en una categoría, sino de aplicar el texto tal cual está concebido.

Atento a lo expuesto, estimo que la resolución administrativa impugnada, en cuanto incluye en el concepto de comercializador al productor que compra gas de terceros para su venta posterior, carece de sustento legal, es ilegítima y, por lo tanto, que resulta innecesario examinar las quejas relativas al régimen de penalidades que establece.

– V –

Opino, por ello, que corresponde revocar la sentencia de fs. 242/247 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 26 de diciembre de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Y.P.F. S.A. c/ ENARGAS – resols. 421/97 y 478/97".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación, al que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo a la presente. Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que los antecedentes de la causa y la procedencia formal del recurso extraordinario interpuesto por la parte actora, han sido tratados por el señor Procurador General en los acápites I a III de su dictamen, a cuyas consideraciones cabe remitirse en razón de brevedad.

2°) Que, en consecuencia, corresponde examinar si ha sido correcto el alcance que el tribunal *a quo* atribuyó al art. 14 de la ley 24.076, con sustento en el contenido del debate parlamentario que dicha norma suscitó. La conclusión a la que se llegue sobre este punto, determinará si la resolución impugnada en esta causa –resolución ENARGAS 421/97, en su texto ordenado por la resolución ENARGAS 478/97– traduce, como alega la recurrente, un exceso reglamentario que vulnera el art. 31 de la Constitución Nacional y, un vicio en la competencia del órgano que reglamentó la ley.

3°) Que aquella norma en su redacción vigente establece: “Se considera comercializador a quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros”.

4°) Que el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre “Producción, transporte y distribución de gas natural y privatización de Gas del Estado” en cuyo art. 10 se estable-

cía: “Se considera intermediario a quien, como corredor o comercializador, dispone por compra u otro título de gas natural y lo vende solamente a distribuidores y/o grandes consumidores” (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, págs. 4084/4096). Al ser tratado este proyecto en la Cámara de Senadores, el dictamen conjunto de las comisiones parlamentarias que tomaron intervención aconsejó la aprobación del proyecto con algunas modificaciones, entre ellas, la del artículo que se examina, que quedó redactado así: “Art. 14.– Se considera comercializador a quien dispone por compra u otro título gas natural y lo vende a terceros” (ídem. cit. ant., pág. 4075).

5°) Que aquel proyecto del Senado obtuvo media sanción en la reunión celebrada el 14 de noviembre de 1991 (ídem. cit. ant., pág. 4125) y al ser elevado y tratado por las comisiones de Energía y Combustibles, de Obras Públicas, de Legislación General y de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, en el dictamen elaborado por éstas se aconsejó la aprobación de dicho proyecto con nuevas reformas. Entre ellas, se propuso la siguiente redacción del art. 14: “Se considera comercializador a quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros”. Según se expresó en dicho informe “En el artículo 14 se modificó la definición del comercializador, restringiéndolo a quien compra y vende gas por cuenta de terceros” (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, págs. 6354/6355 y 6365).

Al producirse el tratamiento en particular de este artículo en la Cámara de Diputados, el diputado por la Provincia de Tucumán, Fernando López de Zavalía, planteó una concreta observación a aquella norma en los siguientes términos: “...este artículo... presenta una modificación respecto al de la sanción del Senado. En el actual se considera comercializador a quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros. Literalmente, para que cumpla lo establecido por el artículo debe tratarse de quien compra y vende por cuenta de terceros. Me pregunto qué pasará con el que compró por cuenta propia y vende luego a terceros. Es algo que debiera tenerse en cuenta para que no quede una incongruencia con lo dispuesto por el artículo 12”. (ídem cita ant. págs. 6546). Esta observación fue respondida por el diputado de la Provincia de Santa Fe, Gualberto Edgardo Venesia –quien respondió en nombre de la comisión “...a cada uno de los diputados que formularon observaciones al Capítulo I”–, en términos contundentes: “Con respecto a la interpretación que la comisión daba al artículo 14, ésta **acepta** el criterio de que aquélla debe ser para ambos casos”.

Este texto, “con las modificaciones propuestas y aceptadas por la comisión...” es el que el Presidente de la Cámara de Diputados somete a votación de los diputados y resulta aprobado en la misma sesión (ídem cit. ant. págs. 6549/6550).

Por último, el proyecto vuelve en revisión a la Cámara de Senadores, oportunidad en la que el miembro informante, senador por la Provincia del Chubut, César Mac Karthy propone aprobar “Los cambios realizados por la Honorable Cámara de Diputados...”, aunque, al momento de reseñar esos cambios omite toda mención del art. 14. En consecuencia, sin que se debatiera el texto de dicho artículo, la Cámara de Senadores sancionó definitivamente el proyecto de ley (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, págs. 528/529 y 549).

6°) Que lo expuesto permite percibir con claridad una falta de concordancia entre la definición de comercializador que –en su literalidad– contiene el art. 14 de la ley 24.076 y la expresa voluntad del legislador que quedó plasmada en el debate con la exposición del diputado Gualberto Edgardo Venesia, miembro de la comisión que realizó el estudio y despacho del proyecto y que, en el recinto de diputados, fue quien –sin que mediara la intervención de otros miembros de la comisión ni de otros diputados– respondió en nombre de ésta las observaciones formuladas con el objeto de aclarar el alcance de la disposición en examen.

7°) Que, entonces, es pertinente recordar lo sostenido reiteradamente por el Tribunal en el sentido de que es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras en que ellas están concebidas (Fallos: 323:2117). En efecto, no es siempre método recomendable, atenerse estrictamente a las palabras de las leyes, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de su aplicación racional (Fallos: 312:802; 314:1042 y el allí citado; 320:521). En palabras de esta Corte, no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél (Fallos: 322:1699).

En especial, esto es así en el *sub examine*, pues si bien es cierto que las palabras o conceptos vertidos en el seno del congreso con motivo de la discusión de una ley, son en general simples manifestaciones de la opinión individual de los legisladores que los pronuncian (Fallos: 77:319), no puede decirse lo mismo de las explicaciones, aclaraciones o informes de las comisiones parlamentarias encargadas del

estudio de los proyectos que despachan, puesto que debe suponerse que ellas efectúan un examen minucioso y detenido del fondo y la forma de dichos proyectos y, en consecuencia, constituyen una fuente legítima de interpretación (ver Fallos: 318:676, disidencia del juez Petracchi, considerando 12 y los allí citados; 100:51 y 337; en especial 114:298 y 115:186).

8°) Que, en consecuencia, es pertinente atender a la voluntad expresa del legislador en el sentido de comprender en el concepto de comercializador tanto a quien compra gas natural por cuenta propia y posteriormente lo vende, cuanto a quien lo hace por cuenta de terceros, interpretación que, por otra parte, es la que más se compadece con el propósito declarado en la ley de promover "...la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural..."; "proteger adecuadamente los derechos de los consumidores" y de facultar a la autoridad de aplicación para "prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria..." –art. 2°, incs. a y b; art. 52, inc. d, de la ley 24.076–.

9°) Que así definido el concepto de comercializador por el art. 14 de la ley 24.076, no cabe asignar a la resolución administrativa impugnada la configuración de un exceso reglamentario prohibido por el art. 31 de la Constitución Nacional o un vicio de incompetencia en el ejercicio del poder reglamentario, pues el alcance de dicho concepto –según se señaló precedentemente– no proviene de una indebida explanación contenida en la reglamentación, sino de la propia figura creada por el legislador.

Tampoco resulta atendible el agravio relativo a que la obligatoriedad de inscripción en el Registro de Comercializadores y de Contratos de Comercialización y el pago de un derecho de inscripción de dos mil pesos ($ 2.000) dispuestos por la resolución ENARGAS 421/97, t.o. por la resolución 478/97 (que reposa en el ejercicio de facultades que conceden a ese ente, la ley 24.076, en el art. 52, incs. d, x y t) –ver, por remisión de este último, los arts. 75 y 78 de la ley 17.319– y el decreto 1738/92, anexo I, art. 38), vulnera el art. 14 de la Constitución Nacional, en tanto únicamente se basa en la escueta alegación de que tal previsión "...comporta una indebida restricción a la libertad de comerciar, que sólo podría haber sido dispuesta por el Congreso Nacional..." (fs. 253).

10) Que, sentado lo anterior, deben ser rechazadas las impugnaciones relativas a la inconstitucionalidad del régimen de penalida-

des previstos por la resolución del ENARGAS 421/97 (texto ordenado por la resolución del mismo ente 478/97), pues en tanto remiten a la hipótesis de la eventual aplicación de una sanción, constituyen un cuestionamiento abstracto que provocaría la intervención de esta Corte en un simple carácter consultivo (doctrina de Fallos: 307:531 y 1656; 310:211; 316:687; 321:221, entre muchos otros).

Por lo expuesto, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia recurrida. Las costas correrán por su orden, en atención a la complejidad de la cuestión planteada (art. 68, párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, regístrese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

STELLA MARIS ALVAREZ VIVODA

RECURSO DE QUEJA: Depósito previo.

La previsión contenida en el art. 13, inc. d, de la ley 23.898 no constituye una verdadera exención del pago de la tasa de justicia toda vez que aquél está sujeto a la resolución que recaiga en el pleito y diferido hasta ese momento.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que a fs. 35 se presenta el abogado de los recurrentes para dejar constancia de que su defendida se encuentra eximida del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en virtud de los términos del art. 13, inc. d, de la ley 23.898.

Que dicha previsión no constituye una verdadera exención del pago de la tasa de justicia toda vez que aquél está sujeto a la resolución que

recaiga en el pleito y diferido hasta ese momento (Fallos: 314:345 y 317:852).

Por ello, la presentación de fs. 35 es inadmisible. Estése a lo resuelto a fs. 32/33. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

JORGE EDUARDO ALCANTARA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Si los jueces cuya designación se objeta han cesado en el ejercicio de sus funciones y el expediente se encuentra actualmente tramitando ante el tribunal pero con una integración que ya no es la cuestionada, los agravios invocados con base en las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio, han perdido virtualidad.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva.

Corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario cuya denegación le dio origen, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48) (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Raúl Rolando Romero Feris en la causa Alcántara, Jorge Eduardo s/

interpone recurso de inconstitucionalidad c/ resolución 76 del 4-3-02 –causa N° 5466–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que de acuerdo a conocida doctrina de esta Corte, según la cual sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta –aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal– (Fallos: 285:353; 310:819; 313:584; 325:2177, entre otros), corresponde declarar abstracta la cuestión planteada en el presente caso.

Que los jueces cuya designación se objeta han cesado en el ejercicio de sus funciones como miembros de la Cámara en lo Criminal N° 2 de la Provincia de Corrientes –tal como surge de las certificaciones agregadas a fs. 63 y 71– y, por ende, el expediente se encuentra actualmente tramitando ante ese tribunal pero con una integración que ya no es la cuestionada; con lo cual, los agravios invocados con base en las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio, han perdido virtualidad.

De tal modo, el recurso no cumple con la exigencia relativa al carácter actual del gravamen invocado, pues el apelante ha dejado de sufrir el perjuicio que motivó el planteo impetrado.

Por ello, se declara abstracta la cuestión. Hágase saber y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*en disidencia*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR
VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

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, se desestima la queja. Intímese 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 y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

Recurso de hecho interpuesto por **Jorge Eduardo Alcántara (abogado defensor de Raúl Rolando Romero Feris).**
Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara en lo Criminal N° 2 de la Provincia de Corrientes.**

JUAN MANUEL FERNANDEZ Y OTROS

RECURSO DE QUEJA: Depósito previo.

Si en el recurso extraordinario se persigue la defensa de intereses propios de cada uno de los condenados, que sustentan pretensiones autónomas, la exigencia del art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación debe ser cumplida por cada recurrente, sin que excuse esta omisión la circunstancia de habérselo interpuesto en escrito conjunto y ser una la queja presentada tras su denegación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Juan Manuel Fernández, Sandra V. Mendoza y Adriana T. Ferrari en la causa Fernández, Juan Manuel y otros s/ causa N° 1218", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el recurso de reposición interpuesto contra la intimación de fs. 109 ha sido extemporáneamente introducido (art. 239 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

2°) Que, por lo demás, este tribunal tiene dicho que si en el remedio federal se persigue la defensa de intereses propios de cada uno de los condenados, que sustentan pretensiones autónomas, la exigencia del art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación debe ser cumplida por cada recurrente, sin que excuse esta omisión la circunstancia de habérselo interpuesto en escrito conjunto y ser una la queja presentada tras su denegación (Fallos: 299:254; 301:634).

3°) Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación de fs. 111/112 y la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 107. Intímese a los recurrentes a que, dentro del quinto día, denuncien a quién deberá imputarse el depósito efectuado a fs. 107, e integren los restantes como 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.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Juan Manuel Fernández, Sandra Viviana Mendoza y Adriana Teresa Ferrari,** patrocinados por **la Dra. Deborah Dobniewski.**
Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de San Martín.**

PADRES Y FAMILIARES DE LAS VICTIMAS PRODUCIDAS EN EL LOCAL REPUBLICA DE CROMAÑON

CORTE SUPREMA.

Si bien corresponde desestimar la presentación que no configura una acción o recurso que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y en sus leyes reglamentarias, habilite la competencia ordinaria o ex-

traordinaria de la Corte, a fin de dar una respuesta apropiada a los peticionarios, corresponde puntualizar que, por expresa disposición del art. 114, incs. 4° y 5°, de la Ley Fundamental, y de la ley 24.937 (t.o. por decreto 816/99), el Consejo de la Magistratura es el órgano habilitado por las disposiciones citadas para tomar intervención en la solicitud encaminada a la destitución de los magistrados judiciales, así como en la apertura de una investigación sobre una conducta supuestamente irregular llevada a cabo por un juez de la Nación en la asignación de una causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que la presentación efectuada no configura una acción o recurso que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y en sus leyes reglamentarias, habilite la competencia ordinaria o extraordinaria de este Tribunal.

Que no obstante lo expresado y a fin de dar una respuesta apropiada a los peticionarios, corresponde puntualizar que, por expresa disposición del art. 114, incs. 4° y 5°, de la Ley Fundamental, y de la ley 24.937 (T.O. por decreto 816/99), el Consejo de la Magistratura es el órgano habilitado por las disposiciones citadas para tomar intervención en la solicitud encaminada a la destitución de los magistrados judiciales que se mencionan, así como en la apertura de una investigación sobre una conducta supuestamente irregular llevada a cabo por un juez de la Nación en la asignación de una causa.

Por ello, se desestima la presentación interpuesta. Notifíquese y archívese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Carmen M. Argibay.

EXPRESO LOMAS S.A. v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Corresponde rechazar la demanda tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos, si los actos voluntarios emanados de la actora –inscripción como contribuyente del impuesto que se le reclama y algunos pagos realizados en forma alternada o parcial– denotan, claramente, que no se configura con relación al tributo provincial cuestionado un caso en que se verifique un estado de incertidumbre en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión debatida en autos guarda sustancial analogía con lo resuelto por V.E. el 2 de diciembre de 2003, *in re* L. 373. L.XXXIX, "La Cabaña S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y lo examinado en mi dictamen del 7 de mayo de 2004, *in re* Z.110, L.XXXV, "Zenit Turismo S.R.L. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa", a los cuales me remito, en cuanto fueren aplicable al *sub judice*.

En efecto, aún cuando Expreso Lomas S.A. manifiesta que la acción intentada tiene su origen en "*...el formal y explícito reclamo formulado por la Dirección General de Rentas dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, a la empresa actora, para que proceda a abonar el impuesto local a los ingresos brutos por las actividades que desarrolla*" –que afirmó haber replicado sosteniendo la no exigibilidad del tributo (confr. pto. b., fs. 45)– no adjuntó los citados requerimientos ni sus contestaciones, ni tampoco intentó demostrar, por otros medios, la existencia de actos concretos de la accionada, dirigidos a percibir la gabela.

No obsta a tal conclusión los resultados de la prueba informativa, la cual solo se refiere a la inscripción de la compañía bajo el régimen de Convenio Multilateral (fs. 165), ni la documentación acompañada por el perito contador a fs. 122/129, relativa a diferentes regímenes de

regularización a los cuales se habría acogido la accionante pues –en mi parecer– carecen de aptitud para demostrar que se encuentra en la posición que denuncia en su demanda.

Por lo tanto, opino que la pretensión deducida debe ser rechazada, pues no constituye *"causa"* o *"caso contencioso"* que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 319:2642, entre otros). Buenos Aires, 8 de septiembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que las cuestiones debatidas en la presente causa son sustancialmente similares a las resueltas por esta Corte en la sentencia dictada en la causa "La Cabaña S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de" (Fallos: 326:4774), por lo que cabe remitir a los fundamentos y conclusiones allí expuestos. Respecto de la prueba informativa, corresponde señalar que ella sólo se refiere a la inscripción de la empresa bajo el régimen del Convenio Multilateral (ver fs. 165). Por otro lado, la documentación acompañada por el perito contador a fs. 122/129, da cuenta de la inscripción de la actora como contribuyente del impuesto en cuestión (fs. 121), de sucesivas declaraciones juradas sobre ingresos brutos por períodos que se remontan al año 1987, así como de su incorporación a diferentes planes de regularización de la deuda registrada por este tributo (fs. 122/131). Estos actos voluntarios emanados de la actora denotan, claramente, que no se configura el caso y con relación al tributo provincial cuestionado, un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica", que "pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente" (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), de modo que se procure precaver por esta vía los efectos de "un acto en ciernes" al que se atribuye ilegitimidad y lesión del régimen constitucional.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se decide: Rechazar la demanda seguida por Expreso Lomas Sociedad Anónima contra la Provincia de Buenos Ai-

res. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Demanda originaria presentada por: **Expreso Lomas S.A.**, **Luis Abel Cvancheich, presidente del directorio de la empresa**, con el patrocinio letrado del doctor **Gustavo Adolfo Blanco** y letrado apoderado Dr. **Julio H. Blanco.**
Nombre de la demandada: **Provincia de Buenos Aires**, letrados apoderados doctores **Alejandro J. Fernández Llanos y Luisa M. Petcoff.**

GUSTAVO ARIEL MUSTILLO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones penales. Delitos en particular. Retención indebida.

La retención indebida se consuma en el lugar donde debió efectuarse la entrega o devolución incumplida.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

Si la contienda de competencia no se encuentra precedida de una investigación suficiente que permita individualizar los hechos sobre los cuales versa con la certeza necesaria para encuadrarlos *prima facie* en alguna figura determinada, la Corte se encuentra impedida de ejercer las facultades previstas por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 31 y el Juzgado de Garantías N° 2 del departamento judicial de San Isidro,

Provincia de Buenos Aires, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en la causa instruida a partir de la denuncia formulada por Noemí Celia Rosa Mariani, en orden al delito de defraudación por retención indebida.

En ella refiere que junto con su hijo Gustavo Mustillo, guardaba dinero y documentación en una caja de seguridad que poseían en la sucursal Martínez del Bank Boston.

Agrega, que al reclamarle la entrega de esos bienes sólo obtuvo respuestas evasivas, por lo que con fecha 19 de diciembre de 2003 firmó un convenio de mediación, en el cual el nombrado se comprometía a devolver lo reclamado dentro de los diez días, y antes del 31 de diciembre de ese año.

Dice que como consecuencia de la inobservancia de lo pactado, le efectuó reiteradas comunicaciones tendientes a lograr su cumplimiento, pero que sólo obtuvo como respuestas meras excusas dilatorias.

Relata finalmente, que en circunstancias que se realizaban las audiencias previas a la rúbrica del acuerdo incumplido, Mustillo la extorsionaba, diciéndole "que le entregaría el dinero y los documentos si ella dejaba la casa donde actualmente vive" (vid. fs. 3/4, 15 y 19).

La magistrado de instrucción declinó su competencia a favor de la justicia local, al entender que el delito se consumó en la localidad de Martínez, Provincia de Buenos Aires, donde se hallaba depositado el dinero y los documentos reclamados (fs. 23).

El juez de garantías, por su parte, rechazó tal atribución por considerarla prematura (fs. 32).

A mi criterio surgen del incidente dos hipótesis delictivas distintas:

La primera se refiere a la posible defraudación por retención indebida denunciada.

Al respecto, considero que esa calificación, escogida por el magistrado nacional en su declinatoria –en concordancia con lo dictaminado por el Ministerio Público a fs. 21/22– no fue cuestionada por el juez local, quien sólo sustentó su rechazo en la ausencia de los elementos

citados a fs. 32, por lo que opino que resulta de aplicación al caso la doctrina de V. E. que establece que la retención indebida se consuma en el lugar donde debió efectuarse la entrega o devolución incumplida (Fallos: 302:820 y 314:786).

En este sentido, a mi modo de ver, se desprende de las cláusulas quinta y octava del convenio agregado a fs. 15/16 y del escrito obrante a fs. 17, que la entrega del dinero y de la documentación debía ser certificada por el Escribano Público Rodolfo Ruzzante y realizarse contra la firma de su recibo, en la Escribanía ubicada en la avenida San Martín 2492 de la localidad de Florida, Provincia de Buenos Aires.

Por lo tanto, opino que corresponder declarar la competencia del juez local para conocer de ese delito, donde además, se encontrarían depositados los efectos que se pretende reivindicar, y se domicilian la denunciante y el imputado.

La segunda conducta sería la supuesta extorsión denunciada por Celia Rosa Noemí Mariani.

Al respecto, en mi opinión, no es posible para el Tribunal ejercer las atribuciones que le acuerda el artículo 24, inciso 7°, del decreto ley 1285/58.

En tal sentido, es doctrina de V.E. que si la contienda de competencia no se encuentra precedida de una investigación suficiente que permita individualizar los hechos sobre los cuales versa con la certeza necesaria para encuadrarlos “prima facie” en alguna figura determinada, la Corte se encuentra impedida de ejercer las facultades previstas por el artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58 (Fallos: 318:1831 y Competencias N° 1085, L.XXXVI *in re* “Manso, Diego s/ denuncia” y N° 770, L.XXXVII *in re* “Nemerovsky, Cecilia s/ falsificación de documento”, resueltas el 10 de abril y el 23 de agosto de 2001, respectivamente).

En ese orden de ideas, debe repararse en que según surge del relato de fs. 19 vta., la firma del convenio de mediación que se celebró en esta ciudad, habría sido obtenido por Mustillo en forma extorsiva, dado que, en las audiencias previas, le habría exigido a su madre la donación sin cargo de su propiedad, sita en la calle Caseros 1349, departamento “D”, también de la localidad bonaerense de Florida, a cambio de la entrega del dinero y de los documentos guardados en el banco.

No advierto que se haya enderezado la pesquisa en aras de dilucidar el hecho, toda vez que la denunciante no ha sido preguntada detalladamente acerca de las circunstancias que habrían rodeado las presuntas intimidaciones recibidas, y si todas ellas habrían tenido lugar en el ámbito de la Capital Federal, ni tampoco se ha escuchado en forma testifical a la mediadora Liliana Lucía Miti, ni a las letradas Adriana Marisa Valoroso y Silvia Noemí Marinelli –quienes participaran en las instancias preliminares a la celebración del convenio– a fin de que brinden precisiones sobre sus pormenores.

En tales condiciones, opino que corresponde al juzgado nacional, que previno, continuar investigando en la causa respecto de ese supuesto delito (Fallos: 311:67; 317:486 y 319:753, entre otros), sin perjuicio de lo que resulte del trámite ulterior. Buenos Aires, 29 de octubre de 2004. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

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 –respecto al delito de extorsión– el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 31, al que se le remitirá. Asimismo, el mencionado tribunal deberá enviar copias de las actuaciones pertinentes al Juzgado de Garantías N° 5 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, para que continúe con la investigación respecto de la presunta comisión del delito de defraudación mediante retención indebida.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco.

CARLOS LUIS GOWLAND

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Domicilio del deudor.

El art. 3°, inc. 1°, de la ley 24.522 establece como principio que será competente para entender en la quiebra de personas de existencia visible el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios, y sólo a falta de éste el correspondiente al de su domicilio, lo cual se fundamenta en el carácter publicístico del procedimiento en aras a la protección del correcto ejercicio de los derechos de los acreedores, y de los múltiples intereses de las partes.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Generalidades.

Las normas de competencia de la Ley de Concursos y Quiebras son de orden público y contienen criterios claros de aplicación, por lo que consecuentemente no pueden las partes, ni los tribunales, soslayarlas.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Domicilio del deudor.

Al no ser posible determinar de modo fehaciente el domicilio comercial, el juicio universal debe tramitar ante el juzgado del domicilio real, máxime si no aparece configurada la intención de crear un domicilio ficticio, con el exclusivo objeto de intentar escapar de la acción de los acreedores, y que si bien el fiador al momento de iniciarse la causa, constituyó domicilio en esta Ciudad, ello no configura un elemento a tener en cuenta ya que el art. 12 de la ley 24.522 impone a los administradores la obligación de constituir un domicilio procesal en el lugar de tramitación del juicio.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Domicilio del deudor.

No hay razón para identificar la sede social de la afianzada con el domicilio comercial del fiador, por cuanto el art. 256 de la ley 19.550 prevé que la mayoría absoluta de los directores de una sociedad anónima debe tener domicilio real en la República, esto es, “el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios” (art. 89 Cód. Civil), lo cual permite deducir que el director puede realizar sus negocios en diversa jurisdicción.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Generalidades.

La solidaridad pasiva del fiador con la sociedad fallida otorga al acreedor común derecho a perseguir el cobro total de su crédito contra ambos deudores, indistintamente, o desistir de la acción contra aquel eventualmente insolvente o fallido, y suscita un litisconsorcio facultativo, no necesario (art. 705 Cód. Civ.), por lo que no resulta indispensable que el proceso prosiga ante el tribunal donde está radicada la quiebra.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

El señor Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 19 (fs. 138/139) y el del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 10 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires (fs. 200), discrepan en torno a la competencia para entender en la presente causa.

El magistrado nacional dispuso la remisión de las actuaciones a la justicia provincial, en virtud de la excepción de incompetencia interpuesta a fojas 80/81 y de lo dispuesto en el artículo 3° inciso 1° de la Ley N° 24.522. Fundó su decisión en el fracaso de la diligencia de citación –prevista en el art. 84, Ley cit.– dirigida al domicilio ubicado en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 25), denunciado por el señor Carlos Luis Gowland en oportunidad de constituirse fiador de todas las deudas, obligaciones y compromisos asumidos por Mac Taylor S.A.I.C. –hoy Medea S.A.– en su relación con el accionante (fs. 11/12); y en que el domicilio de su residencia –conf. información de la Cámara Electoral, fs. 73/74 y notificación de fs. 83– es en la localidad de Luján, Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, el magistrado provincial no aceptó la remisión ordenada, por cuanto consideró que la sede de administración de los negocios del señor Carlos Luis Gowland es en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, teniendo en cuenta el domicilio constituido por el citado

que asimismo coincide con la sede social de Medea S.A., respecto de la cual reviste el carácter de Presidente.

Se planteó así un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24, inciso 7° del Decreto Ley N° 1285/58, texto según Ley N° 21.708 (art. 2°).

– II –

La Ley N° 24.522 en su artículo 3° inciso 1° establece como principio que será competente para entender en la quiebra de personas de existencia visible el juez del lugar de la sede de la administración de sus negocios, y sólo a falta de éste el correspondiente al de su domicilio, lo cual se fundamenta –de acuerdo a lo dicho por V.E., Fallos: 313:1415– en el carácter publicístico del procedimiento en aras a la protección del correcto ejercicio de los derechos de los acreedores, y de los múltiples intereses de las partes.

Cabe señalar que las normas de competencia de la Ley de Concursos y Quiebras son de orden público y contienen criterios claros de aplicación, por lo que consecuentemente no pueden las partes, ni los tribunales, soslayarlas (Fallos: 318:2033; 323:3647).

Del examen de las constancias agregadas al expediente, surge que el señor Carlos Luis Gowland denunció domicilio en Florida N° 851 de esta Ciudad, al suscribir el contrato de fianza (fs. 11) con fecha 7 de Octubre de 1994, pero la diligencia allí enviada tuvo resultado negativo, y tanto la Cámara Electoral (fs. 73/74) como la Administración Federal de Ingresos Públicos (fs. 101) informaron que su domicilio es en la localidad de Luján, situación que se ve confirmada por la notificación agregada a fojas 83.

En esas condiciones, y al no ser posible determinar de modo fehaciente su domicilio comercial, adelanto mi conclusión en el sentido de que el juicio universal debe tramitar ante el juzgado provincial; valorando asimismo que no aparece configurada la intención de crear lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como un domicilio ficticio (Fallos: 307:1784; 319:441; 321:3318 y 322:2210, entre otros), con el exclusivo objeto de intentar escapar de la acción de los acreedores, y que si bien el señor Carlos Luis Gowland al momento de iniciar-

se la presente causa, en el trámite de la quiebra de Medea S.A. y en su carácter de director titular, constituyó domicilio en esta Ciudad (s. inf. Juz. Nac. Prim. Inst. Com. N° 23, fs. 122), ello no configura un elemento a tener en cuenta ya que el artículo 12 de la Ley N° 24.522 impone a los administradores la obligación de constituir un domicilio procesal en el lugar de tramitación del juicio.

Por otra parte, no hallo razón para identificar la sede social de la afianzada con el domicilio comercial del fiador, por cuanto el artículo 256 de la Ley N° 19.550 prevé que la mayoría absoluta de los directores de una sociedad anónima debe tener domicilio real en la República, esto es, "el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios" (art. 89 Cód. Civil), lo cual permite deducir que el director puede realizar sus negocios en diversa jurisdicción.

No obstante, no es ocioso poner de resalto que la solidaridad pasiva del fiador con Medea S.A. otorga al acreedor común derecho a perseguir el cobro total de su crédito contra ambos deudores, indistintamente, o desistir de la acción contra aquel eventualmente insolvente o fallido (v. fs. 11), y suscita un litisconsorcio facultativo, no necesario (art. 705 Cód. Civ.), por lo que no resulta indispensable que el presente proceso prosiga ante el tribunal donde está radicada la quiebra (Fallos: 310:1122).

En función de lo expuesto, en mi opinión corresponde declarar la competencia del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 10 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, 15 de febrero de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial

N° 10 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 19.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**

FUNDACION HEMATOLOGICA SARMIENTO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos que obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones nacionales.

Si, sin perjuicio del conflicto existente en cuanto a la implementación del Sistema Nacional de Sangre establecido por la ley 22.990, se investiga la presunta violación a los arts. 91 y siguientes de esa normativa, en tanto algunos establecimientos de esa especialidad cometerían graves irregularidades en la prestación del servicio, por aplicación de lo estatuido en el art. 95 de la referida disposición legal, corresponde a la justicia federal 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:

La presente contienda negativa de competencia suscitada entre los titulares del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 y del Juzgado de Garantías N° 4, ambos de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, tiene origen con la extracción de testimonios por parte de la justicia civil local, en el proceso de amparo interpuesto por la "Fundación Hematológica Sarmiento" ante la posible comisión de un delito que comprometería la salud pública, por violación al artículo 91

de la ley 22.990 y 200 del Código Penal, por parte de algunos establecimientos asistenciales de la Provincia de Buenos Aires.

El magistrado provincial declinó su competencia en favor del fuero federal de conformidad con lo establecido por el artículo 95 de la ley 22.990. Sostuvo, además, que en el caso, podrían encontrase afectados intereses del Estado Nacional (artículo 3°, inciso 3° de la ley 48), en tanto la autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente de la Nación (fs. 21).

El magistrado nacional, a su turno, también declaró su incompetencia. Sostuvo que la cuestión está circunscripta al cumplimiento o no de las funciones de contralor que deberán implementarse en la desactivación de los bancos de sangre y constitución de unidades de transfusión intra-hospitalarias, y no con las conductas descriptas por los artículos 91, 92 y 93 de la ley 22.990. Agregó que no surge de los hechos denunciados que pudieran verse afectados directa o indirectamente la seguridad del Estado nacional o alguna de sus instituciones (fs. 30).

Por ello devolvió las actuaciones al tribunal de origen, cuyo titular estimó que la inhibitoria adoptada por el juez nacional debe ser entendida como una declinatoria, ya que la causa fue recibida originariamente por el titular del Juzgado Federal N° 1, quien delegó la investigación en el fiscal, y no como un rechazo de la competencia atribuida, razón por la cual remitió nuevamente las actuaciones al juzgado federal, invitando a su titular a que, en caso de no compartir el criterio plantee la cuestión ante el superior común (fs. 36/37), quien cumplió con esa formalidad (fs. 39).

Así quedó trabada la cuestión.

Habida cuenta que, sin perjuicio del conflicto existente en cuanto a la implementación del Sistema Nacional de Sangre establecido por la ley 22.990, en autos se investiga la presunta violación a los artículos 91 y siguientes de esa normativa, en tanto algunos establecimiento de esa especialidad cometerían graves irregularidades en la prestación del servicio (ver resolución fs. 12/19), opino que, por aplicación de lo estatuido en el artículo 95 de la referida disposición legal, corresponde a la justicia federal, continuar con el trámite de estas actuaciones. Buenos Aires, 15 de noviembre de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

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 Federal en lo Criminal y Correccional N° 1, del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 4, de la ciudad mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

AMERICAN EXPRESS ARGENTINA S.A. v. TOMAS VICTOR DIFEDERICO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Prórroga. Convenio de partes.

Si las partes acordaron someterse para las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de las reglas contractuales a los tribunales Nacionales en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, esta cláusula no resulta ambigua y aparece reiterada en dos oportunidades, es irrazonable la solicitud del demandado de que se declare no escrito el acuerdo de prórroga, cuando tampoco planteó concretamente su nulidad limitándose a poner en tela de juicio su alcance, máxime si no demostró una efectiva y evidente configuración de abuso o lesión, o falta de información que habilite el tratamiento del problema en el limitado marco cognoscitivo de las cuestiones de jurisdicción y competencia.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Prórroga. Convenio de partes.

Si las partes convinieron someterse para las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de las reglas contractuales a los tribunales Nacionales en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, no existe agravio en

torno a la distinta vecindad alegada y el requerimiento de competencia de la justicia federal, en orden a la naturaleza nacional del tribunal que interviene en la causa.
–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 Comercial adhiriendo a la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal revocó la decisión de primera instancia que había admitido la inhibitoria planteada por el Magistrado a cargo del Juzgado Federal N° 2 de la Provincia de Córdoba.

La Fiscal General de Cámara sostuvo que las cláusulas de prórroga de jurisdicción territorial hacia tribunales de la Ciudad de Buenos Aires son de práctica y no vulneran el orden público, porque su aceptación no implica necesariamente abdicar de derechos e intereses para los que se domicilian en distinta jurisdicción.

Señaló asimismo que la naturaleza patrimonial del proceso tornaba idónea la cláusula de prórroga en la oportunidad de la celebración del contrato.

Respecto a la aludida distinta vecindad de las partes que habilitaría la competencia federal, señaló, que el decreto-ley 1285/58 modificó parcialmente la ley 13.998 y derogó el artículo 111 de la ley 1893 que reproducía en lo sustancial el artículo 2, inciso 2 de la ley 48, con lo cual sigue vigente la exclusión de la justicia federal del conocimiento de las causas por razones de vecindad y nacionalidad de las personas.

Destacó por último, que la competencia federal no resulta inexcusable en el ámbito de la Capital Federal donde los jueces nacionales y federales revisten el mismo carácter y tienen el mismo origen constitucional.

Por su lado el Juez Federal de la Ciudad de Córdoba, expresó que en el caso se trataba de un contrato de adhesión donde es frecuente encontrar desigualdades entre las partes contratantes y en orden a ello la doctrina y jurisprudencia han coincidido en que no son válidas las cláusulas de prórroga de jurisdicción, salvo que medie aprobación específica del adherente.

En tales condiciones se suscita un conflicto de competencia que debe dirimir V.E. en lo términos del artículo 24, inciso 7° del decreto ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Cabe señalar que de las constancias de autos surge que las partes del proceso acordaron en su relación contractual someterse para las cuestiones que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de las reglas contractuales a los tribunales Nacionales en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires.

Advierto además que la mencionada cláusula no resulta ambigua o de discutible interpretación; y aparece reiterada en dos oportunidades (al tiempo de realizar la solicitud de la tarjeta y de firmar el instrumento de fs. 7 que señaló contiene advertencias claras sobre la lectura detenida de las condiciones contractuales).

Tales antecedentes tornan irrazonable la solicitud del demandado (incluida en un incidente de inhibitoria) que se declare no escrito el acuerdo de prórroga, cuando tampoco planteó concretamente su nulidad limitándose a poner en tela de juicio su alcance.

En este aspecto también debo poner de resalto que en el punto 15 de la solicitud agregado a fs. 6 surge que la prórroga en cuestión no solo se refiere a la interpretación sino también a la aplicación del contrato.

Por otra parte, el incidentista no demostró una efectiva y evidente configuración de abuso o lesión, o falta de información que habilite el tratamiento del problema en el limitado marco cognoscitivo de las cuestiones de jurisdicción y competencia (v. doctrina de Fallos: 323:1741, 1825; 321:1610; 322:1220)

Es más, dichas circunstancias no le impidieron el ejercicio debido de sus derechos en tiempo y forma, (planteo de inhibitoria y contestación de demanda) e inclusive hacerse representar en esta jurisdicción al tiempo de realizar el trámite de mediación previsto por la ley 24.573 conforme surge de fs. 10.

También cabe poner de relieve que no existe agravio en torno a la distinta vecindad alegada y el requerimiento de competencia de la justicia federal, en orden a la naturaleza nacional del tribunal de origen que interviene en la causa (conforme Fallos: 310:1106 y sus citas).

Finalmente cabe destacar que estando habilitada la prórroga de la competencia territorial cuando se trate de cuestiones de naturaleza patrimonial como es el caso de autos (art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y convenida por las partes la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, no resulta objetable la competencia del tribunal de origen.

Por todo ello, opino que V. E. debe dirimir la contienda declarando que debe seguir entendiendo en la causa el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial.

Cabe advertir que ello es sin perjuicio de que el tribunal competente atienda y disponga lo que estime procedente a los fines de asegurar el derecho de defensa en juicio del accionado, en virtud del estado procesal de sus actuaciones, el trámite que ha tenido la inhibitoria (donde cabe señalar se contestó la demanda) y la demorada oportunidad en que se hace saber su promoción y admisión al Juzgado Nacional de esta Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1° de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comer-

cial N° 24, al que se le remitirán, por intermedio de la Sala C de la cámara de apelaciones de dicho fuero. Hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 con asiento en la ciudad de Córdoba.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

CARLOS A. JUAREZ Y OTRA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos contra el orden público, la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional.

Si la investigación practicada en la causa permite tener por cumplidos los requisitos de averiguación suficientes para descartar la posibilidad de que resulte afectada la seguridad de la Nación o de alguna de sus instituciones, corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para entender en la causa instruida por los delitos de privación ilegal de la libertad, sedición y coacción agravada, en concurso real, presuntamente cometidos en perjuicio del entonces vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos contra el orden público, la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional.

Corresponde declarar la competencia de la justicia provincial, si se advierte la participación exclusiva de funcionarios provinciales en las supuestas privación ilegal de la libertad y coacción ejercidas sobre el entonces vicegobernador, así como la inexistencia de indicios que permitan suponer que la presunta sedición alcanzara también a alguno de los poderes nacionales constituidos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La presente contienda positiva de competencia suscitada entre el Juzgado Federal con asiento en Santiago del Estero y el Juzgado de

Instrucción en lo Criminal y Correccional de la Segunda Nominación de la misma ciudad, se refiere a la causa instruida por los delitos de privación ilegal de la libertad, sedición y coacción agravada, en concurso real, presuntamente cometidos en perjuicio del entonces vicegobernador, Darío Augusto Moreno.

Reconoce como antecedente el planteo de inhibitoria formulado por el titular del tribunal federal, a raíz de las presentaciones efectuadas por las defensas tanto de Carlos Arturo Juárez y Mercedes Marina Aragonés de Juárez como de otros ex legisladores imputados, con fundamento en que el delito tipificado en el artículo 149 ter del Código Penal –conforme lo dispuesto por el artículo 33, inc. "e" del Código Procesal Penal de la Nación– es de exclusiva y excluyente competencia federal (fs. 3).

El magistrado federal hizo suyos los argumentos de los presentantes y agregó, en apoyo de su avocamiento, que se habría alterado la paz social configurándose así un caso de gravedad institucional, en los términos empleados por la Cámara Nacional de Casación Penal cuando hace referencia a la afectación de principios de orden social vinculados con instituciones básicas del derecho ("Borenholts, Bernardo s. Recurso de Casación" c. 37, del 12 de noviembre de 1993) (fs. 5/6).

Esta resolución habría quedado firme en tanto el juez federal no hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el fiscal (ver fs. 14 y 15).

Por su parte, el magistrado provincial, luego de señalar algunas anomalías en las que habría incurrido su par nacional, desestimó el planteo. Sostuvo, en este sentido, que los hechos a investigar no habrían afectado los intereses del Estado nacional, ni los de alguna de sus instituciones.

Al respecto, destacó la intervención de funcionarios locales en la irregular detención y las amenazas ejercidas sobre el vicegobernador, así como también que el alzamiento habría tenido por finalidad impedirle el libre ejercicio de sus facultades y arrancarle la dimisión a su cargo.

En consecuencia, el titular del juzgado local rechazó la solicitud de inhibitoria (fs. 18/25) y remitió el oficio de estilo al juzgado federal, el que finalmente dispuso la elevación del incidente a la Corte (fs. 29).

Así quedó trabada la contienda.

A mi modo de ver, la investigación practicada en la causa permite tener por cumplidos los requisitos de averiguación suficiente para descartar la posibilidad de que resulte afectada la seguridad de la Nación o de alguna de sus instituciones (Fallos: 295:481; 317:223; 318:53 y 320:1240).

Asimismo, advierto la participación exclusiva de funcionarios provinciales en las supuestas privación ilegal de la libertad y coacción ejercidas sobre Moreno, así como la inexistencia de indicios que permitan suponer que la presunta sedición alcanzara también a alguno de los poderes nacionales constituidos (Fallos: 223:125; 289:493 y 290:439).

En tal inteligencia, opino que corresponde declarar la competencia de la justicia provincial, para seguir entendiendo en estas actuaciones. Buenos Aires, 16 de diciembre de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

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 presente causa el Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional de la Segunda Nominación de Santiago del Estero, provincia homónima, al que se le remitirá. Hágase saber al juzgado federal con asiento en la ciudad mencionada.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Carmen M. Argibay.

EDENOR S.A.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos en perjuicio de los bienes y rentas de la Nación y de sus entidades autárquicas.

La intervención del fuero de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos en perjuicio de los bienes y rentas de la Nación y de sus entidades autárquicas.

Si el hecho denunciado –emisión de una factura con un cargo mayor al correspondiente al consumo– sólo habría perjudicado intereses de particulares sin importar un entorpecimiento del ejercicio de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad como órgano de contralor, ni se advierte una afectación concreta a la prestación del servicio público interjurisdiccional de electricidad, no corresponde a la justicia federal conocer en la causa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos en perjuicio de los bienes y rentas de la Nación y de sus entidades autárquicas.

A partir de la privatización de la actividad de distribución y comercialización de la energía eléctrica –ley 24.065– las relaciones entre EDENOR S.A. y los usuarios del servicio se rigen por disposiciones de derecho común, sin que la legislación regulatoria de la generación, transporte y distribución de electricidad establezca excepción alguna a este principio.
–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 suscitada entre los titulares del Juzgado de Garantías N° 3, del departamento judicial de La Matanza y del Juzgado Federal N° 2 de Morón, ambos de la Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa iniciada por la denuncia formulada por Marcelo Leandro Canavino contra la empresa EDENOR S.A., por el delito de defraudación.

En ella refirió que esa firma emitió una factura con un cargo fijo correspondiente a usuarios que utilizan más de 300 kwh por período, cuando su consumo fue de 290 de esa unidad de medida.

Según su imputación, esta maniobra podría haber sido realizada por la empresa de manera generalizada sin que la mayoría de los usuarios lo advirtiera.

El juez provincial, declinó su competencia por considerar que al tratarse de cuestiones abarcadas por una concesión del Estado Nacional y controlada por un organismo –ENRE– dependiente de éste, se trataba de un caso regido por las leyes de la Nación y, por ende, sometidas a jurisdicción federal (fs. 43/44).

El magistrado nacional no aceptó la competencia atribuida por entender que carece de trascendencia que el hecho denunciado haya acaecido con motivo de la prestación de un servicio concedido por el Estado Nacional para atribuir competencia a ese fuero, toda vez que los hechos tuvieron lugar entre particulares, sin advertir la existencia de una modalidad metódica por parte de la compañía para defraudar a sus consumidores (fojas 49/50).

Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, su titular insistió en su criterio y, con la elevación del incidente a la Corte, quedó trabada la contienda (fs. 53/vta.).

V.E. tiene establecido que la intervención del fuero de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación (Fallos: 300:252; 302:1209; 305:190).

En tal sentido, y más allá de la calificación que en definitiva pudiera adoptarse, entiendo que el hecho denunciado sólo habría perjudicado intereses de particulares sin importar un entorpecimiento del ejercicio de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad como órgano de contralor.

Por otra parte, tampoco se advierte una afectación concreta a la prestación del servicio público interjurisdiccional de electricidad (confr. Fallos: 319:270).

El Tribunal tiene resuelto que a partir de la privatización de la actividad de distribución y comercialización de la energía eléctrica –ley 24.065– las relaciones entre EDENOR S.A. y los usuarios del servicio se rigen por disposiciones de derecho común, sin que la legislación regulatoria de la generación, transporte y distribución de electricidad establezca excepción alguna a este principio (Fallos: 318:56).

Por lo tanto, teniendo además en cuenta que las disposiciones de carácter federal, cuya interpretación podría resultar necesaria para evaluar la naturaleza delictiva del caso, no surte la jurisdicción federal en las instancias ordinarias (Competencia N° 550, L. XXXVIII "Badaloni, Oscar s/ denuncia art. 173, inc. 2°, C.P.", resuelta el 11 de febrero de 2003) opino que corresponde a la justicia local seguir conociendo en esta causa. Buenos Aires, 24 de febrero de 2005. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

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 Matanza, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón con asiento en la provincia mencionada.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco.

RODOLFO ALEXIS FLORES VILLACURA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Inhibitoria: planteamiento y trámite.

Si bien las cuestiones de competencia exigen para su correcta promoción que los magistrados que en ella intervienen establezcan la calificación que *prima facie* pudiera corresponder a los sucesos, razones de economía procesal aconsejan dejar de lado esta exigencia cuando existen en la causa elementos de juicio que resultan suficientes para el discernimiento de la competencia especialmente a partir de la descripción de los hechos motivo de la contienda.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos que obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones nacionales.

Para que el delito presuntamente cometido sea de aquellos que corrompen el buen servicio de los empleados de la Nación debe existir, al momento de los sucesos, una inequívoca relación entre el hecho investigado y el entorpecimiento del legítimo ejercicio de aquellas funciones de índole federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos que obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones nacionales.

Corresponde declarar la competencia de la justicia federal de Lomas de Zamora, donde ocurrieron los hechos, si el suceso investigado –no identificar de manera fehaciente a quien tenía pedido de captura– ha afectado el normal desarrollo de una diligencia ordenada por un juez nacional y que, además, estaba siendo realizada por agentes nacionales –funcionarios de la Policía Aeronáutica Nacional– que desempeñaban funciones de esa misma índole.
–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 suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 7 de esta ciudad, y el Juzgado de Garantías N° 7 del departamento judicial de Lomas de

Zamora, Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa instruida por la extracción de testimonios dispuesta por el titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de esta ciudad.

Conforme se desprende del legajo, en estas actuaciones se investiga la posible comisión de delito por parte de funcionarios de la Policía Aeronáutica Nacional, al no identificar de manera fehaciente, a una persona que dijo ser Jaime Pelayo García del Cano –quien tenía pedido de captura– y que en realidad era Rodolfo Alexis Flores Villacura.

Surge también de estos actuados, que pese a haber recibido la orden judicial de verificar los antecedentes del detenido con el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y con la División Interpol de la Policía Federal, esas medidas no fueron realizadas por los integrantes del Escuadrón Ezeiza de la Policía Aeronáutica.

La juez nacional declinó su competencia, al considerar que correspondía entender a la justicia de provincia toda vez que el hecho había tenido lugar en ese ámbito territorial (fs. 31/32 vta.).

El magistrado local no aceptó tal atribución con base en que, a su criterio, debía conocer la justicia federal, pues se trataba de hechos atribuidos a funcionarios nacionales (confr. fojas 41/2).

Con la insistencia del tribunal de origen quedó trabada esta contienda (fs. 46).

Si bien las cuestiones de competencia exigen para su correcta promoción que los magistrados que en ella intervienen establezcan la calificación que *prima facie* pudiera corresponder a los sucesos, lo que no se observa en la declinatoria, razones de economía procesal, que a mi juicio concurren en el caso, aconsejan dejar de lado esta exigencia cuando existen en la causa elementos de juicio que resultan suficientes para el discernimiento de la competencia especialmente a partir de la descripción de los hechos motivo de la contienda (Fallos: 310:1388; 311:333 y 317:912).

Al respecto pienso que resulta de aplicación al caso la doctrina de V.E. en cuanto ha establecido, a través de numerosos precedentes, que para que el delito presuntamente cometido sea de aquellos que corrompen el buen servicio de los empleados de la Nación debe existir,

al momento de los sucesos, una inequívoca relación entre el hecho investigado y el entorpecimiento del legítimo ejercicio de aquellas funciones de índole federal (Fallos: 300:794; 306:1681; 319:1672 y Competencia N° 1211 L.XXXVII *in re* "Gaicomotti, Pedro Víctor y otro s/ amenazas coactivas con armas", resuelta el 11 de octubre de 2002).

También tiene resuelto el Tribunal que debe reconocerse a la justicia federal el carácter excepcional y estricto, en razón del cual se exige que el funcionario autor o víctima de un delito cumpla funciones específicamente federales para que, de conformidad con el artículo 3°, inciso 3°, de la ley 48, se atribuya competencia a dicha magistratura (Fallos: 301:48, considerando 10°, y Competencia N° 423 L.XXXV *in re* "Sasso, Leonardo Renee s/ robo", resuelta el 18 de noviembre de 1999).

A mi modo de ver, son ésas las circunstancias que se aprecian en el *sub examine*, en tanto que el suceso investigado, más allá del temperamento que en definitiva corresponda adoptar, ha afectado el normal desarrollo de una diligencia ordenada por un juez nacional (confr. fojas 118/9 del anexo) y que, además, estaba siendo realizada por agentes nacionales que desempeñaban en razón de lo expuesto, funciones de esa misma índole.

Por aplicación de esos principios, opino que corresponde declarar la competencia de la justicia federal de Lomas de Zamora, donde ocurrieron los hechos (Fallos: 229:853; 265:323 y 310:2156) para entender en la presente causa aunque no haya sido parte en esta contienda (Fallos: 317:929; 318:182 y 323:2032, entre otros). Buenos Aires, 21 de febrero de 2005. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

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 el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 7, deberá enviar la causa en la que se originó el presente incidente a la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Provincia de Buenos Aires, para que desinsacule el juzgado federal que deberá continuar con la investigación en las presentes actuaciones. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con asiento en la provincia mencionada.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco.

ALICIA SILVIA GUZMAN
v. ADMINISTRACION NACIONAL de la SEGURIDAD SOCIAL

RECURSO DE QUEJA: Plazo.

La ampliación que prevé el art. 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación debe determinarse con respecto al lugar de asiento del tribunal que desestimó el recurso extraordinario.

RECURSO DE QUEJA: Plazo.

El art. 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, constituye un término fatal y perentorio en el que los feriados locales no inciden en su cómputo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Guzmán, Alicia Silvia c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la actora sostiene que corresponde extender por razón de la distancia el término para interponer el recurso de queja previsto en el art. 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que tiene domicilio real en la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy.

2°) Que tal petición es improcedente, pues la ampliación que prevé la norma citada debe determinarse con respecto al lugar de asiento del tribunal que desestimó el recurso extraordinario (Fallos: 302:1520; 313:105 y 319:1894). En el caso, el auto denegatorio fue dictado por la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, con sede en esta Capital Federal en la que la apelante, por otra parte, tenía constituido domicilio procesal, por lo que el plazo para la deducción del recurso de hecho era de cinco días.

3°) Que por tal motivo, la queja interpuesta el 16 de febrero del corriente año contra la denegación notificada el 29 de diciembre de 2004, ha sido extemporánea pues sólo podía deducirse hasta el 7 de febrero de 2005, con más el plazo de gracia de las dos primeras horas del 8 de febrero, sin que resulte conducente analizar la confusión a que alude el escrito de fs. 45/46, referente a la declaración de estos últimos días como feriados, pues se trata de un término fatal y perentorio en el que los feriados locales no inciden en su cómputo (Fallos: 299:44; 301:870; 302:1140).

Por ello, se desestima el recurso de hecho. En atención a lo resuelto, por Mesa de Entradas devuélvase al presentante el escrito incorporado provisoriamente a fs. 36/42. Notifíquese y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Silvia Alicia Guzmán,** con el patrocinio de **los Dres. Pablo Guillermo Najar, José Cárdenas y Eduardo José Cárdenas.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal N° 2 de Jujuy**.

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.

JUNIO

URSUS VIKTOR BREUSS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Causas criminales.

El art. 33 de la ley 24.767 sólo contempla como resolución apelable directamente ante la Corte Suprema la "sentencia" que decide si la extradición es procedente (art. 32, último párrafo), por lo que no cabe incluir dentro de su ámbito el auto de denegación de excarcelación aun cuando sea equiparable a sentencia definitiva.

EXCARCELACION.

El sistema que para regular la libertad ambulatoria fija el Código Procesal Penal de la Nación, incluye no sólo los presupuestos formales y materiales que rigen la exención o excarcelación, sino también los recursos y los órganos judiciales con competencia para resolverlos.

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

Ante las dificultades que la previa intervención, tanto de la Cámara Federal de Apelaciones como de la Cámara Nacional de Casación Penal al delimitar el alcance de su competencia, pudieron generar en el recurrente al momento de escoger el curso de acción procesal a seguir, corresponde habilitar los plazos pertinentes a partir de la notificación de la recepción de los autos en el juzgado de origen, con el fin de que pueda ejercer sus derechos y agravios federales involucrados mediante el recurso correspondiente ante el tribunal intermedio.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Causas criminales.

En las causas sobre extradición de criminales reclamados por países extranjeros, el recurso ordinario de apelación se refiere a las sentencias definitivas que pudieran recaer y no comprende las resoluciones sobre excarcelación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt y disidencia parcial del Dr. Antonio Boggiano).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

En atención a las múltiples vicisitudes procesales que tuvo el trámite de la causa, corresponde habilitar los plazos del recurso de apelación (arts. 449 a 455 del Código Procesal Penal de la Nación) a raíz de los sucesivos rechazos que sufrió el apelante durante el proceso, al intentar obtener la revisión de las resoluciones de excarcelación, lo cual pudo inducirlo a no acertar en la vía procesal idónea para recurrir las decisiones (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Causas criminales.

Corresponde equiparar a definitiva la resolución que rechazó el pedido de excarcelación, si fue dictada con posterioridad a la decisión del juez de primera instancia que concedió la extradición, por lo que puede traducir agravios de imposible reparación ulterior (Disidencia parcial del Dr. Antonio Boggiano).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

La ley 24.767 no contiene disposición específica alguna respecto de la apelación de resoluciones que versan sobre excarcelaciones lo cual parece coherente con el principio adoptado en la ley que no admite la excarcelación en causas de extradición, salvo los casos expresamente previstos (art. 26), y no cabe prescindir de su texto si no media debate y declaración de inconstitucionalidad (Disidencia parcial del Dr. Antonio Boggiano).

EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Procedimiento.

En tanto la procedencia de la extradición se halla estrechamente conexa a la admisibilidad de la excarcelación del requerido y, por ello, a fin de preservar la más plena eficacia de su jurisdicción corresponde exclusivamente a la Corte Suprema decidir sobre su libertad, pues de otro modo podría tornarse ilusoria la decisión final sobre la extradición con eventual responsabilidad de la Nación frente al Estado requirente (Disidencia parcial del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Causas criminales.

Corresponde declarar desierta la apelación (art. 280, segundo párrafo *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) si los agravios del apelante carecen de la debida fundamentación, toda vez que no rebaten adecuadamente los sólidos fundamentos por los cuales le fue denegada la excarcelación, en especial las razones por las cuales se sustentó la fundada presunción de que intentará eludir la acción de la justicia (Disidencia parcial del Dr. Antonio Boggiano).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Breuss, Ursus Víktor s/ detención preventiva con miras a extradición – incidente de excarcelación”.

Considerando:

1°) Que la defensa de Ursus Víktor Breuss interpuso el recurso de apelación ordinario concedido en autos (fs. 143/146) contra la resolu-

ción del señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 que no hizo lugar a la excarcelación del nombrado en el procedimiento de extradición introducido por la República Suiza para juzgarlo por el delito de tráfico de estupefacientes agravado cometido en forma reiterada, cuya procedencia está actualmente a consideración de la Corte Suprema en la causa B.424.XL "Breuss, Ursus Víktor s/ detención preventiva con miras a extradición" (fs. 140).

2°) Que el recurso ha sido mal concedido toda vez que, tal como este Tribunal resolvió en Fallos: 322:2130 y en la causa S.468.XXXV "Silva Díaz, María del Rosario s/ excarcelación en causa 'Mera Collazos, Julio César y otra s/ extradición'" el 16 de septiembre de 1999, el art. 33 de la ley 24.767 sólo contempla como resolución apelable directamente ante este Tribunal la "sentencia" que decide si la extradición es procedente (art. 32, último párrafo).

En tales condiciones, no cabe incluir dentro de su ámbito el auto aquí apelado –denegación de excarcelación– aun cuando sea equiparable a sentencia definitiva.

3°) Que, por otra parte, resolver sin más en el sentido expuesto frustraría la posibilidad de que algún tribunal revisara la decisión del juez de primera instancia que denegó la excarcelación de Ursus Víktor Breuss, atento la posición adoptada en el *sub lite* tanto por la Cámara Nacional de Casación Penal al resolver que la ley 24.767 prevé un sistema recursivo propio que no contempla impugnación alguna ante esa instancia (conf. resolución de fs. 133 con remisión a lo resuelto a fs. 583 de los autos principales B.424.XL antes citados), como por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal al considerar que, en trámites de extradición, sólo es competente para resolver las cuestiones llevadas a su conocimiento hasta la citación a juicio prevista por el Código Procesal Penal de la Nación, de aplicación según el art. 30 de la ley 24.767 (conf. fs. 400 de los autos principales B.424.XL antes citados).

4°) Que, sobre el particular, cabe señalar que mal podría la ley 24.767 asignarle competencia a la Cámara Nacional de Casación Penal, o en su caso, a las cámaras federales respecto de estas cuestiones puesto que en su art. 26 dispone que, en los procesos de extradición, "no son aplicables las normas referentes a la eximición de prisión o excarcelación..." salvo disposición en contrario de la propia ley.

La competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal o de las cámaras federales quedó habilitada, en el *sub lite*, a partir de la remoción de aquel obstáculo legal con la declaración de inconstitucionalidad de fs. 31/33, a resultas de lo cual cobra virtualidad el sistema que para regular la libertad ambulatoria fija el Código Procesal Penal de la Nación, que incluye no sólo los presupuestos formales y materiales que rigen la exención o excarcelación, sino también los recursos y los órganos judiciales con competencia para resolverlos.

5°) Que, por último, el Tribunal no puede dejar de señalar las dificultades que la previa intervención, tanto de la Cámara Federal de Apelaciones como de la Cámara Nacional de Casación Penal al delimitar el alcance de su competencia, pudieron generar en el recurrente al momento de escoger el curso de acción procesal a seguir.

Por ende, con el fin de que pueda ejercer sus derechos y agravios federales involucrados mediante el recurso correspondiente ante el tribunal intermedio, esta Corte considera propicio habilitar los plazos pertinentes a partir de la notificación de la recepción de los autos en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5.

En virtud de lo expuesto, se declara mal concedido el recurso de apelación ordinario y, oportunamente, devuélvase al tribunal de origen para que imprima el trámite de acuerdo con lo enunciado en el considerando 5°. Notifíquese y remítase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 rechazó el pedido de excarcelación, solicitado

por la defensa de Ursus Víktor Breuss, en relación con el trámite de extradición solicitado por la Confederación Suiza, cuya procedencia está actualmente a consideración de esta Corte.

2°) Que contra esa resolución se interpuso recurso ordinario de apelación (arts. 24, inc. 6, b del decreto-ley 1285/58 y 33 de la ley 24.767), que fue concedido.

3°) Que la resolución apelada no es de las previstas en los arts. 32 y 33 de la ley 24.767. En efecto, es doctrina de esta Corte que en las causas sobre extradición de criminales reclamados por países extranjeros, el recurso ordinario de apelación se refiere a las sentencias definitivas que pudieran recaer y no comprende las resoluciones sobre excarcelación (Fallos: 244:191; 286:87; 322:2130; S.468.XXXV "Silva Díaz, María del Rosario s/ excarcelación en causa 'Mera Collazos, Julio César y otra s/ extradición'", sentencia del 16 de septiembre de 1999; A.746.XXXVIII "Ayala, Ceber s/ incidente de excarcelación", sentencia del 6 de febrero de 2003).

4°) Que en Fallos: 322:2130 este Tribunal declaró nulo el auto de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, que había dispuesto elevar a la Corte la apelación de una excarcelación solicitada durante el trámite de extradición, al sostener que "la remisión dispuesta por el tribunal de alzada resulta inadmisible, toda vez que significó un apartamiento de la ley 23.984 (arts. 449 a 455)".

5°) Que, habida cuenta de ello y en atención a las múltiples vicisitudes procesales que tuvo el trámite de la causa, esta Corte considera propicio habilitar los plazos del recurso de apelación, en los términos de los arts. 449 a 455 del Código Procesal Penal de la Nación, a partir de la notificación que a tal efecto deberá practicar el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5. Esta conclusión se impone a raíz de los sucesivos rechazos que sufrió el apelante durante el proceso, al intentar obtener la revisión de las resoluciones de excarcelación, tanto por parte de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal como por la Cámara Nacional de Casación Penal, lo cual pudo inducirlo a no acertar en la vía procesal idónea para recurrir esas decisiones.

Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación y, en consecuencia, devolver las presentes actuaciones al

tribunal de origen a fin de que imprima nuevo trámite de conformidad con la presente sentencia. Notifíquese y remítase.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que el señor juez de primera instancia rechazó el pedido de excarcelación de Ursus Víktor Breuss cuya extradición solicitada por la Confederación Suiza se encuentra a consideración de esta Corte. Contra esa resolución se interpuso recurso ordinario de apelación (art. 24, inc. 6, b del decreto-ley 1285/58, art. 33 de la ley 24.767), que fue concedido.

2°) Que según jurisprudencia de esta Corte en las causas sobre extradición de criminales reclamados por países extranjeros, el recurso ordinario de apelación se refiere a las sentencias definitivas que pudieran recaer y no comprende las resoluciones sobre excarcelación (Fallos: 244:191; 286:87; 322:2130; S.468 XXXV "Silva Díaz, María del Rosario s/ excarcelación en causa 'Mera Collazos, Julio Cesar y otra s/ extradición'", sentencia del 16 de septiembre de 1999; A.746.XXXVIII "Ayala, Ceber s/ incidente de excarcelación", sentencia del 6 de febrero de 2003).

3°) Que, sin embargo, corresponde equiparar a definitiva la resolución apelada, pues a diferencia de lo acaecido en aquellos precedentes, ésta fue dictada con posterioridad a la decisión del juez de primera instancia que concedió la extradición por lo que puede traducir agravios de imposible reparación ulterior.

4°) Que la ley 24.767 no contiene disposición específica alguna respecto de la apelación de resoluciones que versan sobre excarcelaciones lo cual parece coherente con el principio adoptado en la ley que no admite la excarcelación en causas de extradición, salvo los casos expresamente previstos (art. 26). Y, obviamente, no cabe prescindir de

su texto si no media debate y declaración de inconstitucionalidad (Fallos: 313:1149; 316:42; 319:2617; 325:830, entre muchos otros).

5°) Que la procedencia de la extradición se halla estrechamente conexa a la admisibilidad de la excarcelación del requerido y, por ello, a fin de preservar la más plena eficacia de su jurisdicción corresponde exclusivamente a esta Corte decidir sobre su libertad, pues de otro modo podría tornarse ilusoria la decisión final sobre la extradición con eventual responsabilidad de la Nación frente al Estado requirente.

6°) Que los agravios del apelante carecen de la debida fundamentación, toda vez que no rebaten adecuadamente los sólidos fundamentos por los cuales le fue denegada la excarcelación, en especial las razones por las cuales se sustentó la fundada presunción de que intentará eludir la acción de la justicia. En tales condiciones, cabe declarar desierta la apelación interpuesta (art. 280, segundo párrafo *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara desierta la apelación interpuesta. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso ordinario interpuesto por **Ursus Víktor Breuss,** representado por el Dr. **Pablo Martinic.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5.**

ASOCIACION DE TELERADIODIFUSORAS ARGENTINA Y OTRO
v. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de los tratados.

El recurso extraordinario es formalmente admisible si se encuentra en tela de juicio la exégesis y aplicación de una norma contenida en un tratado internacional y el fallo recurrido ha sido contrario a las pretensiones del recurrente.

RADIODIFUSION.

La ley de radiodifusión 22.285 en modo alguno prohíbe a la Ciudad de Buenos Aires legislar sobre lo relativo a sus elecciones locales, materia que es de su exclusiva competencia (arts. 5 y 129 Constitución Nacional y art. 82 párrafo primero del estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

La prohibición de la difusión, publicación, comentarios o referencias de los resultados de encuestas electorales desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio, contenida en el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires, es constitucional pues lo que la ley busca amparar es el espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto y la información sobre las tendencias electorales de la ciudadanía puede circular libremente durante los días y meses previos a la fecha del acto comicial, durante la campaña y sólo se la restringe por el breve lapso de 48 horas.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

Es constitucional el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires en relación a la prohibición de difundir la información en las horas inmediatamente posteriores al cierre de acto electoral, sobre todo teniendo en cuenta que la misma no prohíbe recoger esa información sino que sólo limita su difusión por un brevísimo período de tiempo –tres horas–, con la sola finalidad de evitar que se altere el proceso electoral previo su finalización y rodear de las necesarias garantías el derecho a voto de sus habitantes.

ELECCIONES.

La norma contenida en el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires busca evitar las tensiones innecesarias por “bocas de urna” que puede generar informaciones contradictorias, como así también la confusión entre información real oficial y las meras especulaciones, que a la postre sólo sirven para dar menor credibilidad a la información oficial final si contradicen los resultados de “boca de urna”.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Libertad de expresión.

El derecho a la libre expresión e información no reviste carácter absoluto en cuanto a las responsabilidades y restricciones que el legislador puede determinar.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales complejas. Inconstitucionalidad de normas y actos locales.

Existe cuestión federal suficiente si se puso en tela de juicio la validez de normas legales de naturaleza local –art. 5 de la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– por ser contraria a disposiciones de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido en favor de las normas locales (art. 14, inc. 2°, de la ley 48) (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, y Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si los agravios traídos en la presentación directa relativos a aspectos de hecho se encuentran inescindiblemente unidos a la materia federal que se trata en el caso, la Corte los examinará con la amplitud que exige la garantía constitucional de la defensa en juicio (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

Llamada a establecer la inteligencia de las normas federales que se dicen violadas, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48) (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La causa en la que se pretende que se declare la inconstitucionalidad de una ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires era de clara competencia de la justicia federal y, por tanto, ajena al ámbito de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La autonomía de jurisdicción que el art. 129 de la Constitución Nacional otorga a la Ciudad de Buenos Aires se refiere a aquellas cuestiones que no sean de competencia de la justicia federal a tenor de la previsión del art. 116 de la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

De conformidad con lo previsto por el art. 31 de la Constitución Nacional, debería declararse la inconstitucionalidad del art. 113 de la Constitución de la Ciu-

dad de Buenos Aires en la medida en que atribuye competencia al Superior Tribunal de la ciudad para entender en causas como las acciones de inconstitucionalidad de normas locales por ser contrarias a la Constitución Nacional, las que de conformidad con expresas disposiciones federales –los arts. 116 de la Constitución Nacional y 2 inc. 1° de la ley 48– corresponden a la justicia federal (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

SUFRAGIO.

Es de sustancial importancia mantener la pureza del sufragio, base de la forma representativa de gobierno sancionada por la Constitución Nacional y, por tanto, debe impedirse todo lo que de cualquier manera pueda contribuir a alterarla (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

SUFRAGIO.

Es un principio de derecho político y electoral básico que debe tratar de garantizarse la expresión genuina de la voluntad del pueblo a través del cuerpo electoral, postulado que reconoce su raíz en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno que la justicia debe afirmar (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

SUFRAGIO.

El derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores –como expresa el art. 23, inc. b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

Corresponde descartar que la restricción que surge del art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires resulte violatoria del principio de igualdad en la medida en que al no vedarse los sondeos en toda su extensión sino sólo su difusión, las empresas podrían seguir efectuándolos y sólo los darían a conocer a sus clientes y no al pueblo en general (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

La garantía de igualdad implica igualdad de trato a quienes se encuentran en iguales circunstancias, de manera que cuando éstas son distintas nada impide un trato también diferente con tal que éste no sea arbitrario o persecutorio (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Para examinar la razonabilidad de las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales ha de partirse del principio de que ninguno de estos derechos es absoluto (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

No se advierte que la limitación temporal por cierto brevísima a la difusión pública de las encuestas electorales realizadas a "boca de urna" resulte violatoria de la libertad de expresión, pues la función que la prensa debe cumplir en el desarrollo del proceso electoral no se ve impedida por aquella limitación (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Gravamen.

A la luz de la norma contenida en el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires, quienes se agrupan en la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (A.T.A.) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (A.R.P.A.) sufren una "interdicción" para una "actividad" que ellos han llevado a cabo y quieren seguir realizando, lo que demuestra la existencia de causa, controversia o caso contencioso que habilita la intervención judicial (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es correcto que la causa haya tramitado ante los estrados de la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires ya que las actoras impugnaron al art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires como contrario a la libertad de expresión tutelada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y en el art. 12, inc. 2°, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y cuando se arguye que un acto es contrario a leyes locales y nacionales, primero se debe acudir a los tribunales de la justicia local y, en su caso, llegar a la Corte por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Resulta innecesario pronunciarse sobre el agravio referido a que la legislatura local invadió indebidamente un espacio normativo reservado a la Nación si el art. 4° de la ley nacional 25.610 reformó el Código Nacional Electoral estableciendo una norma sustancialmente igual a la de la Ciudad de Buenos Aires (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Libertad de expresión.

Las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Libertad de expresión.

El escrutinio estricto que se aplica cuando se trata de limitaciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

La prohibición de informar resultados de encuestas sobre preferencias electorales en las 48 hs. que preceden a los comicios, contenida en el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires es válida ya que dicho silencio hace a la calidad del voto que después ha de emitirse y constituye el espacio óptimo para la reflexión final previa a aquél y es el ámbito en el cual los pro y contra de cada postura se sopesan (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

SUFRAGIO.

Aparte de que el Estado podría subrayar adecuadamente, a través de los canales de que dispone, el carácter falible de las encuestas, no se advierte qué inconvenientes produciría la publicidad de los datos de aquéllas antes del informe de los datos oficiales; más bien, el riesgo está de parte de los encuestadores y de quienes transmiten sus resultados, pues a corto plazo se verán confirmados, o, tal vez, desmentidos (con descrédito, en este caso, para los que los generaron) (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes de la Ciudad de Buenos Aires.

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires, en la parte que se refiere a la prohibición de difundir los resultados de las encuestas electorales denominadas “boca de urna” si la finali-

dad perseguida por quienes la sancionaron no parece compatible con una visión republicana y democrática, según la cual sólo al pueblo corresponde discernir los méritos de la información que se le ofrece, sin que pueda vedársele el acceso a aquélla con la excusa de que puede contener errores (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones si los agravios relativos a la arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego son dos aspectos que aparecen inescindiblemente ligados entre sí (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

La existencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

La admisibilidad del recurso extraordinario se encuentra liminarmente subordinada a la concurrencia de los requisitos jurisdiccionales, entre los que se destaca la necesidad de existencia de un "caso" o "causa" o "controversia", donde el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir lesiones a un derecho con base constitucional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

No existe "causa" o "caso contencioso" que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (art. 116 de la Constitución Nacional) si la declaración de ilegitimidad que se pretende no se limita a actos relacionados con un conflicto o controversia concreto, sino con una proyección *erga omnes*, con carácter de norma general derogatoria de la disposición cuestionada (art. 113 inc. 2°, del Estatuto Constitucional de la Ciudad de Buenos Aires), cuando, por el contrario, el sistema de control federal impide que se dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor a las normas impugnadas, o que se refieran a agravios meramente conjeturales o hipotéticos (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

Los jueces de la Nación no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla en teoría, sino sólo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o

se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Gravamen.

Es inadmisible el recurso extraordinario si quienes se presentan invocando su calidad de defensoras de las actividades de radiodifusión pretenden, por esa sola circunstancia, revestir legitimación para solicitar la inaplicabilidad de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires y obtener la declaración de invalidez de su art. 5°, con fundamento en un eventual daño que les irrogaría el cumplimiento de la norma impugnada pero no acreditan el perjuicio inmediato o directo que las legitime en la pretensión (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

Sin desconocer que la sanción de la norma contenida en el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires pueda dar origen a un interés jurídico genérico de las defensoras de las actividades de radiodifusión, ello no autoriza a sostener que sea lo suficientemente directo o inmediato para dar por configurado un "caso" o "controversia contenciosa" en los términos del art. 2° de la ley 27 y suscitar, de ese modo, la jurisdicción de la Corte Suprema (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

Las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

El poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de un caso o controversia, lo que impide su ejercicio cuando estas circunstancias ya no existen (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Habiéndose celebrado el acto eleccionario local que motivó el amparo, los recurrentes carecen de un interés jurídico actual que los legitime en su pretensión, por lo que su planteo se ha tornado abstracto (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

Suprema Corte:

La cuestión debatida en el *sub lite* ya fue examinada en el día de la fecha por esta Procuración General al dictaminar en el expediente, *in re*: A.656, L.XXXVI, "Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde declarar formalmente inadmisible el recurso extraordinario deducido por las actoras. Buenos Aires, 27 de junio de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra.*

Suprema Corte:

– I –

A fs. 2/11 de los autos principales (a los que corresponderán las citas siguientes) la Asociación de Teleradiodifusoras Argentina (A.T.A.) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (A.R.P.A.) promovieron acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, contra la Ciudad de Buenos Aires, a fin de obtener que el Gobierno de la Ciudad se abstenga de aplicar la ley local N° 268, de regulación y financiamiento de campañas electorales y que se declare la inconstitucionalidad de su art. 5° en cuanto dispone que, desde las cuarenta y ocho horas anteriores a la iniciación del comicio, hasta tres horas después de finalizado, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio de los resultados, de encuestas electorales.

Señalaron que el citado artículo afecta con ilegitimidad y arbitrariedad manifiestas las libertades de expresión y de prensa amparadas por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 12 inc. 2° de la Constitución del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la vez que desconoce la jerarquía de las normas establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional, al avanzar sobre el Régimen Federal de Radiodifusión (ley 22.285) y restringir el ejercicio de tales libertades en aspectos que la ley federal no limita.

Sostuvieron que, en virtud del art. 32 de la Constitución Nacional, ni el Congreso Federal ni las Legislaturas locales pueden restringir la

libertad de prensa, aunque sí reglamentarla bajo la condición de su razonabilidad y dentro del ámbito de su competencia territorial.

Alegaron –con citas de doctrina– que es particularmente grave el desconocimiento de este derecho, puesto que se trata una libertad fundamental para el funcionamiento de un Estado democrático.

– II –

A fs. 93/112, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, imprimió a la demanda el trámite de acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2° del Estatuto Constitucional local y la rechazó.

Manifestó que en el *sub lite* no se verifica un avance de la Legislatura sobre las prerrogativas exclusivas del gobierno federal en materia de radiodifusión si se atiende a la diferencia de objetos de las leyes 22.285 y 268. En tal sentido, expuso que el fin de esta última es mantener la tranquilidad pública y resguardar a la población de la certeza de la información que recibe, pues veda sólo la difusión de encuestas pero no la propagación de los resultados electorales desde el momento en que se los obtiene del escrutinio, ni prohíbe la formulación de proyecciones razonables sobre la base de los resultados oficiales.

Aclaró que el precepto cuestionado sólo establece una breve interdicción para la difusión de las encuestas, razón por la cual, una vez transcurrido dicho lapso, nada obsta para que se haga saber cuál era el resultado arrojado para compararlo con el de los cómputos oficiales.

Expresó que las radiodifusoras debieron demostrar cuál era el interés de los receptores de otras provincias en conocer, dentro del tiempo de veda que fija la ley 268, lo que no puede difundirse en la Ciudad de Buenos Aires, para así afirmar que hay un fin digno de protección federal cuyo cumplimiento se vería interferido.

Puntualizó, respecto de la veda de publicar las encuestas cuarenta y ocho horas anteriores al cierre del escrutinio, que el criterio normativo coincide con lo decidido por la Junta Electoral de la Capital Federal para elecciones anteriores.

Sin embargo –destacó–, otra es la apreciación que debe efectuarse respecto de la prohibición destinada a regir las tres horas posteriores

del cierre de la votación, pues en este caso no se procura vedar la divulgación de información que puede influir de alguna manera en el elector, sino evitar la tensión social que podría generarse entre los militantes y adherentes de distintas fuerzas, que al abrigo de los datos de compulsas "a boca de urna" o de otros sistemas de relevamiento de datos, podrían reivindicar concomitantemente el carácter de ganadores de la elección.

– III –

Contra tal pronunciamiento, las actoras interpusieron el recurso extraordinario de fs. 120/132, que fue concedido en cuanto se funda en la inconstitucionalidad del art. 5° de la ley local 268 y denegado respecto de la tacha de arbitrariedad, sobre la que se deduce la presente queja.

– IV –

A mi modo de ver, corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, pues los agravios relativos a la arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego son dos aspectos que, en el caso, aparecen inescindiblemente ligados entre sí (Fallos: 323:4018).

Así planteada la cuestión, cabe recordar que, en la doctrina del Tribunal, la existencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (Fallos: 308:1489 y sus citas).

En esas condiciones, tal como expresó este Ministerio Público en reciente dictamen emitido el 15 de marzo de 2002 en la causa L.791, L.XXXVI, "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y Otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", la admisibilidad del recurso extraordinario planteado se encuentra liminarmente subordinada a la concurrencia de dichos requisitos, entre los que se destaca la necesidad de existencia de un "caso" o "causa" o "controversia" (Fallos: 308:2147), donde el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir lesiones a un derecho con base constitucional.

Dicha necesidad, ha señalado V.E. en Fallos: 322:528, "*surge de los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la Constitución Nacional, los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las 'causas', 'casos' o 'asuntos' que versen –entre otras cuestiones– sobre puntos regidos por la Constitución; expresiones estas últimas que, al emplearse de modo indistinto, han de considerarse sinónimas, pues, como afirma Montes de Oca con cita de Story, en definitiva, aluden a 'un proceso (...) instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales' (Lecciones de Derecho Constitucional, Menéndez, Buenos Aires, 1927, t. II, pág. 422). De ahí que, en análoga línea de razonamiento, al reglamentar al citado art. 100 (hoy 116), el art. 2° 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'* (subrayado añadido)" (considerando 5°).

Sobre la base de tales disposiciones, la constante jurisprudencia del Tribunal definió dichos casos como "aquéllos en los que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas" y ha desechado la existencia de causa "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes". En tales circunstancias, la Corte ha aseverado, "no existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que la autorice a formular dichas declaraciones" (Fallos: 307:2384, considerando 2°, sus citas, y muchos otros).

Este criterio ha sido reafirmado recientemente por V.E. *in re*: M.102, L.XXXII y M.1389, L.XXXI "Mill de Pereyra, Rita Aurora, Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa", sentencia del 27 de septiembre de 2001, donde, al modificar su posición sobre el control de constitucionalidad a pedido de parte, destacó que el ejercicio de tal facultad de oficio "no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de la causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la Ley 27".

A la luz de tal doctrina y de los antecedentes reseñados, en mi concepto, el *sub lite* no constituye en esta instancia, "causa" o "caso

contencioso" que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (conf. art. 116 de la Carta Magna citado).

Ello es así, toda vez que la declaración de ilegitimidad que se pretende no se limita a actos relacionados con un conflicto o controversia concreto, sino con una proyección *erga omnes*, con carácter de norma general derogatoria de la disposición cuestionada (conf. art. 113 inc. 2° del Estatuto Constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, trámite impreso por el tribunal superior local a la demanda de amparo, según fs. 93), cuando, por el contrario, el sistema de control federal impide que se dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor a las normas impugnadas, o que se refieran a agravios meramente conjeturales o hipotéticos.

En tal sentido, V.E. ha declarado que los jueces de la Nación "*no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla en* ***teoría****, sino sólo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones*" (Fallos: 311:2580, considerando 3°, énfasis agregado).

Por lo demás, las apelantes no han acreditado un interés jurídico lo suficientemente inmediato o directo que las legitime en su pretensión, sino que, por el contrario, su perjuicio o lesión aparece como remoto o conjetural.

En efecto, quienes se presentan invocando su calidad de defensoras de las actividades de radiodifusión pretenden, por esa sola circunstancia, revestir legitimación para solicitar la inaplicabilidad de la ley 268 y obtener la declaración de invalidez de su art. 5°, con fundamento en un eventual daño que les irrogaría el cumplimiento de la norma impugnada, más no acreditan el perjuicio inmediato o directo que las legitime en la pretensión de autos.

Sin desconocer que la sanción de la aludida norma pueda dar origen a un interés jurídico genérico de las recurrentes, ello no autoriza a sostener, por las razones apuntadas, que sea lo suficientemente directo o inmediato para dar por configurado un "caso" o "controversia contenciosa" en los términos del art. 2° de la Ley 27 y suscitar, de ese modo, la jurisdicción de V.E.

– V –

Lo hasta aquí expuesto es suficiente, en mi opinión, para concluir que es inadmisible el recurso extraordinario y desestimar, por ende, la queja articulada. Buenos Aires, 27 de junio de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".

Considerando:

1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que rechazó la demanda de inconstitucionalidad del art. 5° de la ley local 268, las actoras dedujeron recurso extraordinario, el que fue concedido parcialmente en cuanto a la existencia de cuestión federal y rechazado respecto de la arbitrariedad. Las actoras dedujeron entonces una queja contra esta última denegatoria.

2°) Que en autos, la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (A.T.A.) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (A.R.P.A.) iniciaron la presente demanda por la vía de la acción de amparo con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se encuentra en tela de juicio la exégesis y aplicación de una norma contenida en un tratado internacional y el fallo recurrido ha sido contrario a las pretensiones del apelante (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 311:2646; 315:2706; 323:3798; entre otros).

4°) Que la cuestión a decidir en el caso consiste en determinar la validez constitucional del art. 5 de la ley 268 de la Ciudad Autónoma

de Buenos Aires, en cuanto limita temporalmente la difusión de datos de las encuestas preelectorales y los sondeos de boca de urna también conocidos como "*exit poll*". Ello, sobre la base de un doble orden de razones: en primer lugar, porque –según se invoca– al dictarla la legislatura porteña habría excedido el ámbito de sus competencias, e ingresado en un terreno que como el de la radiodifusión, compete al gobierno federal; por el otro, porque se estarían violando derechos constitucionales básicos como la libertad de expresión o de prensa.

5°) Que el recurrente sostiene que la legislatura porteña habría excedido el ámbito de sus competencias, e ingresado en un terreno que como el de la radiodifusión, compete al gobierno federal.

6°) Que, por una parte, la ley de radiodifusión 22.285 en modo alguno prohíbe a la Ciudad de Buenos Aires legislar sobre lo relativo a sus elecciones locales, materia que es de su exclusiva competencia (arts. 5 y 129 Constitución Nacional y art. 82 párrafo primero del estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires). Que a ello cabe agregar que en el orden nacional la ley 25.610 (BO 8 de julio de 2002) ha legislado una prohibición similar. En tal sentido el art. 71 del Código Electoral Nacional dispone, sobre la misma materia que la ley local 268, que: "Queda prohibido: [...] f) Realizar actos públicos de proselitismo y publicar y difundir encuestas y sondeos preelectorales, desde cuarenta y ocho horas antes de la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo" y "h) Publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta tres horas después de su cierre".

7°) Que descartado el primer agravio, queda por analizar el segundo, relativo a la lesión a la libertad de expresión que las actoras alegan les produce la norma cuestionada.

8°) Que el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires establece: "Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales".

9°) Que la norma cuestionada contiene una doble prohibición: por una parte prohíbe desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio la difusión, publicación, comentarios o referen-

cias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales; por la otra también se prohíbe hasta tres (3) horas después de su finalización la difusión de dichas encuestas, que en este caso, involucra a los sondeos de boca de urna, cuya finalidad es adelantar, mediante un muestreo de electores, el probable ganador de la elección.

10) Que en cuanto a la primera limitación establecida por la ley 268 –las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio–, cabe concluir que dicha restricción es constitucional pues lo que la ley busca amparar es el espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto. A ello cabe agregar que la información sobre las tendencias electorales de la ciudadanía puede circular libremente durante los días y meses previos a la fecha del acto comicial, durante la campaña y sólo se la restringe por el breve lapso de 48 horas.

11) Que en relación a la prohibición de difundir la información en las horas inmediatamente posteriores al cierre del acto electoral, esta Corte entiende que tal restricción es constitucional.

12) Que al contestar el traslado de la demanda de amparo, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires señaló que, en referencia a la ley cuestionada, el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública que debe poseer el electorado a fin de emitir su voto conforme dictámenes de su propia conciencia, sin influencia externa de ningún tipo, y sin que nadie pueda inducir su inclinación por partido político determinado. Añadió que el paréntesis de reflexión impuesto por el legislador surge –según el análisis valorativo efectuado en el recinto parlamentario– como consecuencia de haber hecho primar la tranquilidad pública por sobre el interés particular. Entiende que así se jerarquizó el derecho al ejercicio de una libre elección por sobre el ejercicio ilimitado de la libertad de expresión. Citó el debate legislativo en el cual el legislador Suárez Lastra sostuvo que el bien jurídico protegido era la tranquilidad pública, quien añadió “Hemos tenido recientes experiencias acerca de las dificultades, y no solamente dificultades, sino también el riesgo que para la seguridad de las personas y la tranquilidad pública pudiera generar una situación de incertidumbre generada por información que al poco tiempo pueda demostrarse como falsa”. Añadió que en los antecedentes parlamentarios se señaló que se contaba “con información de muchísimas prestigiosas empresas encuestadoras que consideran en el medio que la encuesta a boca de urna es de mu-

chísima complejidad técnica, con mucha posibilidad de error. El margen de error que se considera en la propia encuesta a boca de urna, en el mejor de los casos, siempre duplica al margen de error de las encuestas preelectorales" (fs. 78 vta.).

De allí concluye que la voluntad del legislador se endereza a brindar a la población en su conjunto un espacio temporal de reflexión al momento de emitir su voto (fs. 77/85).

13) Que en relación a la prohibición de difundir la información en las horas inmediatamente posteriores al cierre del acto electoral, la difusión de encuestas "de boca de urna" puede interferir en quienes aun aguardan su turno para votar dentro de los establecimientos correspondientes, o en quienes por algún defecto en el comicio, deben votar posteriormente conforme lo sostuvo el *a quo* (voto de los jueces Ruiz y Maier, fs. 111), y es por ello que la ley establece un período de veda donde no es posible difundirlas.

14) Que para determinar hasta cuando es necesario preservar la tranquilidad del acto comicial, debe tenerse en cuenta no sólo el horario de cierre sino la finalización efectiva de la votación. Si bien el horario de cierre del acto comicial tiene lugar a las dieciocho horas, es muy probable que algunos electores todavía estén votando si antes de ese horario llegaron a la mesa receptora, por lo que, finalizado el comicio, todavía existe un interés estatal en preservar la tranquilidad del acto eleccionario y de los electores, y sobre todo que éste no sea perturbado o influenciado con informaciones no definitivas que de alguna forma pueden llegar a quienes están votando. En tal sentido la ley electoral nacional dispone que el acto eleccionario finalizará a las dieciocho horas, en cuyo momento el presidente ordenará se clausure el acceso al comicio, pero continuará recibiendo el voto de los electores presentes que aguardan turno (art. 100 del Código Electoral Nacional).

15) Es decir, la prohibición de las tres horas posteriores al cierre del comicio busca evitar la reivindicación de ganadores en base a datos que luego podrían resultar erróneos, o que para el caso de resultar ciertos, puedan influir indebidamente al electorado.

En tal sentido, como ejemplo, viene al caso recordar que en los Estados Unidos, en las elecciones presidenciales de 1980, la cadena National Broadcasting Company –NBC– difundió a las 8:15 p.m. –hora

de la costa Este– que el candidato Ronald Reagan era el ganador de la elección presidencial según sus propias investigaciones realizadas en boca de urna, y dicho anuncio tuvo lugar cuando todavía faltaban 3 horas para el cierre del comicio y se estaba votando en varios estados de la costa Oeste. Esta situación, es obvio decirlo, tuvo un impacto real en los votantes de esa región y es a partir de ese caso, que numerosa doctrina norteamericana ha señalado que la información proveniente de encuestas en boca de urna tienen una seria aptitud para confundir al electorado, o para influenciar su comportamiento (confr. Mary A. Doty, Clearing CBS, Inc. v. Smith from the path to the polls: A proposal to legitimize States' interests in restricting Exit Polls, en Iowa Law Review, Vol. 47, pág. 737, año 1989). Por ejemplo, se señala que ciertos estudios indicaron que durante las elecciones presidenciales de 1980, las proyecciones tempranas antes del cierre del comicio causaron una perceptible disminución del voto en estados de la costa oeste (ver la nota, Exit Polls and the First Amendment, en Harvard Law. Review, vol. 98, págs. 1927 y 1929-30); que otro estudio demostró en concreto una disminución del voto entre un 2% o 3% en ciertas áreas al conocerse las citadas proyecciones provenientes de encuestas en boca de urna (ver Restricting the broadcast of election day projections: A justifiable protection of the Right to Vote, Dayton Law. Review, vol. 9, págs. 297 y 299); y, que en definitiva, la reducción del incentivo a votar frente a las informaciones que ya señalan un ganador pueden influenciar en el principio fundamental del voto "*one-man, one-vote*" que forma la base del sistema de gobierno democrático (ver Curtailment of early election predictions: can we predict the Outcome?, University of Florida. Law Review, vol. 36, págs. 489 y 492).

El argumento para regular o prohibir el *exit poll* por un breve período es claro: se busca evitar la influencia indebida en el electorado. Si los resultados de las encuestas o proyecciones son conocidos antes de que en esa zona se termine de votar, es posible que se influya a aquellos que aun no han votado en determinado sentido, o por el contrario, directamente se los lleve a no votar, lo que justifica la limitación de la difusión de información antes de la finalización del acto eleccionario.

16) Que de esa forma, –como lo evidencia la experiencia– la norma busca evitar las tensiones innecesarias por "bocas de urna" que puede generar informaciones contradictorias, como así también la confusión entre información real oficial y las meras especulaciones, que a la pos-

tre sólo sirven para dar menor credibilidad a la información oficial final si contradicen los resultados de “boca de urna”.

17) Que por otra parte, la norma cuestionada no puede interpretarse en forma aislada, sino evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que la informan, criterio que este Tribunal ha propiciado en Fallos: 324:4349 entre muchos otros. Dentro del contexto de la legislación electoral se advierte que la norma quiso dotar al acto comicial y a sus etapas previas y posteriores de la tranquilidad necesaria para que éste se desarrolle sin interferencias de ninguna especie.

Es por ello que, junto a la prohibición aquí cuestionada, encontramos que en la ley electoral nacional –que se aplica supletoriamente en ausencia de norma local–, ya existían numerosas prohibiciones que se extienden hasta las tres horas de ser clausurado el comicio, tales como las prohibiciones de realizar espectáculos populares al aire libre, o en recintos cerrados, fiestas teatrales, deportivas y toda clase de reuniones públicas, incluso las que no se refieran al acto electoral (art. 71, inc. b) o de usar banderas, divisas y otros distintivos (art. 71, inc. e), expresiones todas estas amparadas por la libertad de difundir información y el derecho de reunión. También se prohíbe el expendio de bebidas alcohólicas (art. 71, inc. c). A estas prohibiciones se suma la impuesta por la ley 25.610, reseñada en el considerando 6°.

18) Que tampoco puede catalogarse a la prohibición en cuestión como una regulación del mensaje basada en su contenido. Es que la norma apunta más a una restricción temporal que de contenido, puesto que en cuanto al mensaje en sí, la prohibición es neutra pues se prohíbe cualquier encuesta en boca de urna, independientemente de su resultado, y con independencia de su afiliación a un partido o a determinados encuestadores. Y tan neutra es esta prohibición, que ese mismo día del acto eleccionario, se prohíben durante el mismo período otras actividades que, como se señaló en el considerando anterior, también están claramente amparadas por el derecho a la libre expresión como ser los espectáculos populares al aire libre o en recintos cerrados, fiestas teatrales, deportivas y toda clase de reuniones públicas que no se refieran al acto electoral (art. 71, inc. b), o el uso de banderas, divisas u otros distintivos (art. 71, inc. e).

Por otra parte, si bien se reconoce la clásica distinción de la jurisprudencia constitucional norteamericana que diferencia la regulación

del contenido de otros aspectos del mensaje como el tiempo, el lugar o la manera en que se expresa el mismo, y la consecuente asignación de diferentes estándares de interpretación, en realidad parece preferible el estándar de razonabilidad con que se analiza en nuestro país la constitucionalidad de normas y con la jurisprudencia de este Tribunal, donde más que dar preeminencia a un derecho constitucional sobre otro –o establecer un escrutinio estricto para ciertos derechos por sobre otros– siempre se ha predicado su armonización a lo que cabe añadir que este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el derecho a la libre expresión e información no reviste carácter absoluto en cuanto a las responsabilidades y restricciones que el legislador puede determinar (Fallos: 310:508; 315:632; 316:703 y 324:2895).

En tales condiciones, la norma es constitucional, sobre todo teniendo en cuenta que la ley de la Ciudad de Buenos Aires no prohíbe recoger esa información, sino que sólo limita su difusión por un brevísimo período de tiempo –tres horas–, con la sola finalidad de evitar que se altere el proceso electoral previo su finalización y rodear de las necesarias garantías el derecho a voto de sus habitantes.

Por ello y oído el señor Procurador General, se desestima la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma, con costas, la sentencia apelada. Dase por perdido el depósito (fs. 109 expte. A.656. XXXVI). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Enrique Santiago Petracchi (*en disidencia parcial*) — Augusto César Belluscio (*en disidencia parcial*) — Carlos S. Fayt (*según su voto*) — Antonio Boggiano (*en disidencia*) — Juan Carlos Maqueda (*según su voto*) — E. Raúl Zaffaroni (*según su voto*) — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Voto de los señores ministros doctores don Carlos S. Fayt y don Juan Carlos Maqueda

Considerando:

1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que rechazó la demanda de inconstitucio-

nalidad del art. 5 de la ley 268 local (confr. fs. 93/112), la actora dedujo recurso extraordinario (fs. 120/132), concedido parcialmente a fs. 145/147 en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma impugnada y rechazado respecto de la arbitrariedad de la decisión. Este último aspecto motivó la interposición de la queja que se decidirá en forma conjunta en este pronunciamiento.

2°) Que en autos existe cuestión federal suficiente, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de normas legales de naturaleza local –art. 5 de la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– por ser contraria a disposiciones de la Constitución Nacional, y la decisión ha sido en favor de las normas locales (art. 14, inc. 2°, de la ley 48). A su vez, y en la medida en que los agravios traídos en la presentación directa relativos a aspectos de hecho se encuentren inescindiblemente unidos a la materia federal de que se trata en el caso, la Corte los examinará con la amplitud que exige la garantía constitucional de la defensa en juicio (Fallos: 321:1660, entre muchos otros). Por su parte, y llamado a establecer la inteligencia de las normas federales que se dicen violadas por la legislación local cuestionada, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 319:2936).

3°) Que la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (A.T.A.) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (A.R.P.A.) iniciaron la presente demanda por la vía de la acción de amparo, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto prohíbe la difusión de resultados de encuestas electorales locales desde 48 horas antes de la iniciación del comicio y hasta tres horas después de su finalización. Ello con fundamento en un doble orden de razones: por un lado, porque la materia de radiodifusión es de naturaleza federal y se encuentra regulada por la ley de ese carácter 22.285 que no contiene semejante limitación; por el otro, porque se afectaría la libertad de expresión receptada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

4°) Que la demanda fue iniciada ante la justicia federal. El juez de primera instancia, con sustento en que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una entidad de orden local distinta de la Nación y que la ley 13.998 atribuye competencia a los tribunales nacionales civiles para entender en causas contencioso-administrativas, se declaró in-

competente (confr. decisión de fs. 54 y dictamen de fs. 53 al que remite). Remitida entonces la causa a la justicia civil, el juez interviniente declaró su incompetencia (fs. 66). Entendió que de acuerdo a las previsiones del art. 113, inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, las acciones en las que se persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma emanada del gobierno local son de competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Este admitió su competencia a fs. 70, dio trámite a la causa y –previa sustanciación– rechazó la demanda mediante la sentencia que motiva el recurso extraordinario en examen.

5°) Que liminarmente, debe señalarse que esta causa era de clara competencia de la justicia federal y, por tanto, ajena al ámbito de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, la autonomía de jurisdicción que el art. 129 de la Constitución Nacional otorga a la ciudad se refiere a aquellas cuestiones que no sean de competencia de la justicia federal a tenor de la previsión del art. 116 de la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias. Como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguo y lo ha reiterado en innúmeras oportunidades en las que se impugnaban disposiciones locales por ser contrarias a la Constitución Nacional, para la competencia *ratione materiae* cabe distinguir tres supuestos: a) si las normas impugnadas son violatorias de la Constitución Nacional, tratados con las naciones extranjeras, o leyes federales, debe irse directamente a la justicia nacional; b) si se arguye que una ley es contraria a la Constitución provincial o un decreto es contrario a una ley del mismo orden, debe ocurrirse ante la justicia local; c) si se sostiene en cambio que la disposición es contraria a las instituciones provinciales y nacionales, debe irse primeramente ante los estrados de la justicia local y, en su caso, llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 176:315; 311:1588; 315:448; 318:992). Esta conclusión se funda en la aplicación directa del art. 116 de la Constitución Nacional y en su reglamentación (art. 2, inc. 1° de la ley 48). Y ello es así porque la declaración de inconstitucionalidad de las leyes locales –siempre respecto de la Constitución Nacional– tiende a resguardar el principio de su supremacía, por lo cual es una neta cuestión federal.

Por tanto, y de conformidad con lo previsto por el art. 31 de la Constitución Nacional, debería declararse la inconstitucionalidad del

art. 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en la medida en que atribuye competencia al Superior Tribunal de la ciudad para entender en causas como las acciones de inconstitucionalidad de normas locales por ser contrarias a la Constitución Nacional, las que de conformidad con expresas disposiciones federales –los arts. 116 de la Constitución Nacional y 2 inc. 1° de la ley 48– corresponden a la justicia federal. "La soberanía del Estado (local) llega hasta poder dictar, ilegalmente, leyes prohibidas por la Constitución; pero la soberanía de la Nación, las hará no viables, por medio de la **justicia federal**" (Fallos: 53:420 "Cullen c/ Llerena", disidencia juez Varela –énfasis agregado– y sus citas).

6°) Que sin embargo, pese el carácter improrrogable, privativo y excluyente de la competencia federal *ratione materiae*, la situación procesal de la causa y los principios recordados en Fallos: 302:155, a cuyos términos el Tribunal remite, obstan a que –pese a lo expuesto– se declare la nulidad de la sentencia del tribunal local con sustento en su incompetencia, debiendo dictarse en cambio un pronunciamiento que resuelva la cuestión federal que motiva estos autos.

7°) Que la materia a decidir en el caso consiste en determinar si es o no constitucional la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto limita temporalmente la difusión de los datos de las encuestas preelectorales y los sondeos de boca de urna o *exit poll*. Ello, sobre la base de un doble orden de razones: en primer lugar, porque –según se invoca– al dictarla la legislatura porteña habría excedido el ámbito de sus competencias, e ingresado en un terreno que como el de la radiodifusión, compete al gobierno federal; por el otro, porque se estarían violando derechos constitucionales básicos como la libertad de expresión o prensa.

8°) Que es doctrina del Tribunal que sus sentencias deben atender a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de la decisión (confr. Fallos: 306:1160; 316:1175 y sus citas). Ello obliga a ponderar la reforma introducida por la ley 25.610 (art. 4) al Código Electoral Nacional, cuyo art. 71 ahora prohíbe la publicación y difusión de encuestas y sondeos preelectorales desde cuarenta y ocho horas antes de la iniciación del comicio y hasta su cierre (inc. f) y la publicación y difusión de encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección hasta tres horas después de su cierre (inc. h). Como se advierte, el contenido de la prohibición cuestionada ha sido incorpora-

do a la ley federal, de modo que no existe la contradicción en la que se sustenta el primer reparo constitucional.

9°) Que el estudio de la legislación cuestionada a la luz de las normas constitucionales debe partir de una incontrastable realidad, como es la importancia que durante el curso de las campañas y procesos electorales han adquirido las encuestas o sondeos sobre la intención de voto y las llamadas *exit poll*. La compatibilidad de la prohibición de difusión de sus resultados en los tiempos y horarios que fija la ley con los derechos y garantías constitucionales, no es en realidad un "enjuiciamiento" de las encuestas, de sus aciertos o errores, de su carácter científico, de su método, etc.; tan solo se encuentra en juego la razonabilidad de la medida y la validez de las limitaciones que –en su caso– genera sobre otros derechos.

10) Que esta Corte ha reconocido que es de sustancial importancia mantener la pureza del sufragio, base de la forma representativa de gobierno sancionada por la Constitución Nacional y, por tanto, debe impedirse todo lo que de cualquier manera pueda contribuir a alterarla. Es un principio de derecho político y electoral básico que debe tratar de garantizarse la expresión genuina de la voluntad del pueblo a través del cuerpo electoral, postulado que reconoce su raíz en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno que la justicia debe afirmar (Fallos: 318:2271, disidencia de los jueces Fayt y Bossert). Es que el derecho "de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores" –como expresa el art. 23, inc. b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo (Fallos: 324:3143, voto de los jueces Fayt y Vázquez).

11) Que la preservación de la pureza y libertad de esa expresión ha motivado tanto en nuestro derecho como –puede decirse– en forma generalizada en el ámbito universal, una serie de limitaciones y restricciones al ejercicio de otros derechos vinculados de algún modo al de elegir y ser elegido, no obstante su mismo origen constitucional, no siempre de la misma envergadura (confr. Gálvez Muñoz, Luis "La prohibición de difundir encuestas electorales: ¿una norma inconstitucional?, en Revista de las Cortes Generales, N° 41, segundo cuatrimestre de 1997, publicación del Congreso de los Diputados, Madrid, España). Así por ejemplo, pueden mencionarse limitaciones a la libertad de con-

tratar y de usar y gozar de la propiedad –restricciones a la financiación de los partidos políticos, a la extensión de la campaña electoral, prohibición de organizar y practicar juegos de azar, de vender bebidas alcohólicas–; a la libertad de expresión –veda de declaraciones proselitistas de los candidatos durante un cierto tiempo, prohibición de entrega de boletas de sufragio–; al derecho de reunión –prohibición de mitines, espectáculos públicos, eventos deportivos, etc.–.

La constitucionalidad de limitaciones como las descriptas ya ha sido sostenida por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en base al interés apremiante que tiene el Estado en proteger a los electores de la confusión y la influencia indebida, interés que se extiende a preservar la integridad del proceso electoral. Ello así, pues el derecho a votar libremente por un candidato es de la esencia de una sociedad democrática ("Reynolds v. Sims", 377 U.S. 533 [1964]). De hecho, en un país libre no existe derecho más preciado que el derecho de tener voz en la elección de aquellos que hacen las leyes bajo las cuales, como buenos ciudadanos, debemos vivir; otros derechos –aun los más básicos– se tornan ilusorios si el derecho a votar se ve debilitado ("Wesberry v. Sanders", 376 U.S. 1, [1964]). En definitiva, el Estado tiene un interés apremiante en asegurar que el derecho de los individuos a votar no sea debilitado por el fraude en el proceso electoral.

De esta manera, la Corte estadounidense reconoció la validez de una ley del Estado de Tennessee según la cual, dentro de una distancia de 100 pies desde la entrada del lugar de votación, quedaba prohibida la distribución y el despliegue de materiales de campaña, así como también la incitación a votar a determinado candidato ("Burson v. Freeman", 504 U.S. 191, 1992). Para así decidir, el Tribunal señaló que la validez de semejante restricción resultaba no sólo de la existencia del interés del Estado al que se aludió en el párrafo precedente, sino también de su necesidad para el cumplimiento de la finalidad perseguida. Al respecto, un análisis de la evolución de las sucesivas reformas electorales tanto en Estados Unidos como en otros países –que revela una lucha persistente entre dos males: la intimidación y el fraude electoral– demuestra claramente la necesidad de zonas restringidas dentro o alrededor de los lugares de votación, a fin de preservar el interés del Estado en prevenir aquellos males.

Dentro de ese mismo orden de limitaciones debe inscribirse la prohibición de difundir encuestas de intención de voto y de boca de urna,

toda vez que la difusión por parte de los medios –tanto durante el período de reflexión como con mayor razón durante el comicio y antes de su cierre efectivo en todos los lugares de votación– del eventual ganador de las elecciones podría influir en los electores que aún no han emitido su voto; si la cantidad de dichos electores es considerable, podría verse afectado el resultado mismo de la elección.

12) Que si bien las encuestas electorales basadas en cuestionarios aplicados a una muestra representativa de los votantes puede encontrar su origen en el trabajo realizado por Gallup y Roper que predijeron de manera acertada los resultados de las elecciones presidenciales de los Estados Unidos en el año 1936, sin duda los medios de comunicación de masas y su creciente importancia desde la década de 1960, sumado al desarrollo científico de los métodos en que se basan los sondeos, los coloca hoy entre los medios utilizados con fines electorales (ver en este sentido Kavanagh, Dennis, "Las Encuestas de Opinión Pública", en Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, N° 53, págs. 145-169). Aun cuando no existan certezas sobre el punto, los investigadores de las ciencias sociales plantean la posibilidad cierta de que la difusión de los resultados de las encuestas –más allá de su acierto o error, o de su apego a las normas científicas en que deben basarse– influya positivamente en la decisión de los electores (ver, por ejemplo, Sartori, Giovanni, "Homo videns. La sociedad teledirigida", Ed. Taurus, 1° edición, 4° reimpresión, Bs. As., 2002, págs. 73 y sgtes. ca. "El gobierno de los sondeos").

Esta es la razón a la que con toda evidencia –tal como resulta de la lectura del debate parlamentario tanto de la ley local cuestionada como de la reforma al Código Electoral Nacional– responde la prohibición temporaria de publicación de sus resultados, que coincide por lo demás con prohibiciones similares de otras conductas igualmente susceptibles de influir en la serena reflexión de los votantes que el legislador ha tratado de preservar durante escasos tres días.

13) Que como quedó dicho, prohibiciones semejantes –y muchas veces de una extensión temporal significativamente mayor– son comunes en el derecho comparado (véase en Alemania, ya desde la Ley Electoral Federal del 7 de mayo de **1956**, art. 32; España, ley orgánica 5/1985, art. 69, inc. 7 e igualmente legislación electoral vasca, ley 6/2000, art. 87 inc. 7; respecto de la evolución de la cuestión en Colombia, ver Sánchez Torres, "Opinión pública y encuestas", versión electrónica consultada el 26 de febrero de 2003 en "www.trife.gob.mx

/congreso/sanchezt.html"; Nojlen, Dieter y otros en "Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina", versión electrónica publicada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos –"www.iidh.ed.cr/siii/Publicaciones_Ca-pel", página consultada el 27 de febrero de 2003–; Tuesta Soldevilla, Fernando, "El silencio de las Encuestas" en "Revista Mexicana de Comunicación", versión electrónica consultada el 3 de marzo de 2003; Maqueda, Juan Carlos, "Reforma Política en Argentina: hacia el fortalecimiento del sistema democrático", exposición en el Seminario Internacional sobre Reforma Política en Argentina, U.B.A., 18 de junio de 2002 en la que refiere legislación europea, publicado en "Observatorio Electoral Latinoamericano", pág. web consultada el 28 de febrero de 2003; Martínez, Gustavo y López, Miguel A. "El *exit poll* en las elecciones presidenciales y de congresales chilenas de 1993: las enseñanzas de un fracaso", en "www.cien-politica.uchile.cl", vista el 3 de marzo de 2003).

Es cierto también que la Corte de Casación Francesa –Sala Penal– consideró que una norma semejante era violatoria de la Declaración Europea de los Derechos del Hombre en cuanto reconoce la libertad de expresión (sentencia 5302 del 4 de septiembre de 2001). La decisión, sin embargo, carece de todo desarrollo argumental y no puede ser compartida de conformidad con las consideraciones siguientes.

14) Que el carácter preferente de la libertad de expresión predicado prácticamente de manera universal, ha sido reconocido también por la jurisprudencia de este Tribunal. Sin embargo, la situación de autos exige algunas precisiones al respecto.

Ese carácter preferente deriva de la necesidad de favorecer un debate robusto, desinhibido, abierto de par en par sobre las cuestiones de interés general de acuerdo a la expresión tantas veces citada del juez Brennan en "New York Times vs. Sullivan".

En el caso, la limitación a la libertad sólo se relaciona con un aspecto, el de la autoexpresión, que carece de ese carácter preferente: el pueblo de la Nación, próximo a votar y de ese modo elegir a los representantes que lo gobernarán, precisa de un momento de reflexión, sin interferencias de propaganda, actos proselitistas, comentarios, encuestas, etc. susceptibles de influir en su decisión soberana que, como todas las de semejante envergadura, no puede adoptarse en el medio de los "gritos" de los oradores.

Limitar la libertad de expresión de los que concurren a una sala de conciertos y así posibilitar que todos puedan escuchar la orquesta no es violar la Constitución Nacional. Respetar el orden de exposición de los oradores en un debate es de sociedades civilizadas y sólo puede confundirse con una restricción al derecho de expresar las ideas si se piensa en que ese debate no supone necesariamente alteridad.

Pues bien, la norma cuestionada sólo asigna un "turno" a la difusión de las encuestas, para respetar la necesaria e indispensable expresión del cuerpo electoral que cabalmente y como tal, sólo se manifiesta en las urnas.

15) Que en el mismo orden de ideas, cabe descartar que la restricción cuestionada resulte –como algunos han señalado (ver Gálvez Muñoz, op. y loc. cit.)– violatoria del principio de igualdad en la medida en que al no vedarse los sondeos en toda su extensión sino sólo su difusión, las empresas podrían seguir efectuándolos y sólo los darían a conocer a sus clientes y no al pueblo en general. Fuera de que la objeción no se adecua a la doctrina del Tribunal en materia de igualdad –esa garantía implica igualdad de trato a quienes se encuentran en iguales circunstancias, de manera que cuando éstas son distintas nada impide un trato también diferente con tal que éste no sea arbitrario o persecutorio (Fallos: 311:394, entre muchísimos otros)– se basa en un argumento más efectista que real: del mismo modo podría decirse que la prohibición de realizar actos proselitistas o declaraciones públicas a los candidatos no es hábil para impedir que éstos comenten en sus respectivos núcleos de allegados cuestiones políticas, estableciendo así una diferencia entre los ciudadanos que los integran y el resto de la comunidad.

16) Que las consideraciones que preceden son igualmente aplicables a la prohibición de difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de las elecciones durante las tres horas después del cierre del comicio. En efecto y tal como lo ha señalado uno de los votos de la sentencia recurrida, la hora de cierre del acto eleccionario prevista en la legislación electoral no impide que los electores que se encuentren aguardando su turno en los lugares de votación emitan su voto con posterioridad (art. 100 del Código Electoral Nacional). Esta situación por lo demás, encuentra en muchos casos origen en las dificultades en la constitución de las mesas como es sabido. En ese contexto, la perduración de la veda informativa respecto de las encuestas por el razona-

ble plazo antes indicado, encuentra idéntica justificación y resulta por tanto igualmente constitucional.

17) Que, en conclusión, no se advierte que la limitación temporal por cierto brevísima a la difusión pública de las encuestas electorales resulte violatoria de la libertad de expresión. La importantísima función que la prensa cumple en el desarrollo del proceso electoral no se ve afectada por aquella limitación, mucho más si se tiene en cuenta que la cobertura de las elecciones no puede confundirse con la de una carrera de caballos o un partido de fútbol en cuanto a la importancia o necesidad de la "instantaneidad" en la transmisión del dato (ver en este sentido, Sartori, op. cit., pág. 105, cap. "Videoelecciones"; Martínez G. y López, M.-A. "El *exit poll* en las elecciones presidenciales y de congresales chilenas de 1993: las enseñanzas de un fracaso", en "Política", N° 34, pub. Oficial del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Chile, Santiago, otoño de 1996).

Por ello y oído el señor Procurador General, se desestima la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma, con costas, la sentencia apelada. Dase por perdido el depósito (fs. 109 expte. A.656 XXXVI). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 10 inclusive del voto en disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio.

11) Que corresponde referirse ahora a la prohibición de difundir los resultados de las encuestas llamadas "boca de urna" durante las 3 hs. posteriores a la clausura del acto eleccionario, la cual se advierte, y en tal sentido lo manifestó la demandada a fs. 77/85, como una prevención de mero carácter temporal y no necesariamente como un impedimento al pueblo para recibir información y valorarla. Pues, desde esta comprensión, debe ponderarse que desde el primer minuto luego de las tres horas previstas normativamente, este recibirá los resultados de las encuestas de referencia.

Así surge del debate parlamentario a que dio lugar la sanción del art. 5 de la ley 268 (Diario de Sesiones de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28 de octubre de 1999 y del 4 de noviembre de 1999).

En consecuencia, la preocupación compartida por parte de los legisladores locales en cuanto a la no alteración de la tranquilidad social después de los comicios, pues estos constatan, algo que por lo demás es de público y notorio conocimiento, que este tipo de encuestas son falibles y que, a veces, han dado por ganadores a quienes finalmente perdieron, generando confusión y hasta cierta tensión entre los propios militantes de las distintas fuerzas políticas y la sociedad misma. Por otro lado, no sólo se intenta preservar el bien jurídico de la tranquilidad pública, sino también, por medio de la norma impugnada se intenta evitar que los datos de las empresas encuestadoras "compitan" con el escrutinio oficial (fs. 98, 100, 101, 109, 110, 111 del expte. A.682.XXXVI.).

12) Que de acuerdo con esta aproximación cabe inferir que, lejos de prohibir aquellas actividades y su difusión por los medios, el objetivo del Estado local a través del dictado de la normativa señalada fue instaurar un sistema eficiente que permitiese evitar las posibles consecuencias generadas por los errores en que a veces incurren las predicciones de esos especialistas, fijando un razonable y breve límite temporal para hacerlas conocer, sin que por ello se vea afectado el desarrollo del proceso electoral y la libertad de información. (ver *supra* considerando 2°).

13) Que, como acertadamente expresó el *a quo*, esta Corte tiene dicho que para examinar la razonabilidad de las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales ha de partirse del principio de que ninguno de estos derechos es absoluto (Fallos: 308:814; 310:1045).

14) Que de acuerdo con ello la restricción diseñada legislativamente para alcanzar los fines perseguidos encuentra pleno reconocimiento dentro del bloque constitucional, pues la racionalidad del precepto normativo en crisis, entendida aquí sólo en el nivel de adecuación de medios a fines, se advierte en el carácter tuitivo de la norma y fundamentalmente en su notoria brevedad temporal.

15) Que tampoco puede soslayar esta Corte la circunstancia de que la exigencia de la "instantaneidad" pareciera coincide más con las

necesidades mediáticas vinculadas con la competencia entre distintos medios de comunicación y la lógica mercantil que con la necesidad por parte de la sociedad del conocimiento inmediato de los resultados electorales la cual no se ve afectada.

16) Que, en conclusión, no se advierte que la limitación temporal por cierto brevísima a la difusión pública de las encuestas electorales realizadas a "boca de urna" resultare violatoria de la libertad de expresión, pues la función que la prensa debe cumplir en el desarrollo del proceso electoral no se ve impedida por aquella limitación.

Por ello y oído el señor Procurador General, se desestima la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma, con costas, la sentencia apelada. Dase por perdido el depósito (fs. 109 expte. A.656.XXXVI). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que, representadas por apoderados, la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (A.T.A.) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (A.R.P.A.), promovieron acción de amparo, "*en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, contra la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que la misma se abstenga oportunamente de aplicar la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires [...], cuyo art. 5°, en especial, debe ser declarado inconstitucional e inaplicable a nuestras representadas [...] ya que con ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta conculca los derechos de nuestros asociados a ejercer su libertad de expresión*" (fs. 2/2 vta.).

Ambas entidades recordaron cuáles son sus fines y expresaron que el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Bs. As. –que dispone: "**Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del**

comicio y hasta las tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales"– viola el régimen federal de radiodifusión (ley 22.285) y la libertad de expresión (arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y art. 12, inc. 2°, de la Constitución local).

2°) Que radicada finalmente la causa ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires –después de sucesivas declaraciones de incompetencia de jueces nacionales– se dio traslado de la demanda al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que la contestó y pidió su rechazo.

La demandada sostuvo que la restricción es razonable pues el legislador local se había propuesto, por medio de la norma impugnada, preservar el bien jurídico de la tranquilidad pública, además de garantizar un espacio de reflexión para el ciudadano, evitando la manipulación y utilización de las encuestas. También había procurado resguardar el derecho de la ciudadanía a ser informada en forma correcta y adecuada sobre el resultado electoral (fs. 77/85).

3°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la inconstitucionalidad solicitada por las actoras (fs. 93/112), decisión contra la cual aquéllas interpusieron recurso extraordinario (fs. 120/132), que el *a quo* declaró sólo parcialmente procedente (fs. 145/146), lo que motivó la presentación del recurso de hecho en examen.

4°) Que A.T.A. asocia a titulares de licencias de radio y televisión, y a empresas que comercializan programas, suministros y servicios específicos y actividades afines con la teleradiodifusión (fs. 40 vta. del expte. A.682.XXXVI.). Puede representar a sus asociados para demandar por amparo contra todo acto u omisión de autoridad pública que lesione derechos o garantías reconocidos en la Constitución Nacional y afecte a la actividad televisiva o radial (loc. cit.).

De modo similar, A.R.P.A. agrupa a los titulares privados de frecuencias de radiodifusión sonora y televisión con el objeto –entre otros– de afianzar los principios y derechos que garanticen la existencia de una radiodifusión libre y estable al servicio del país, "defendiendo los ideales democráticos y normas constitucionales que regulan la vida

de la Nación". En ese carácter, puede representarlos ante organismos públicos, incluso judiciales (fs. 12/14 del expte. A. 682.XXXVI).

En ese marco, y a la luz de lo decidido por esta Corte en Fallos: 320:690 y 323:1339, corresponde concluir que las actoras se encuentran legitimadas a demandar como lo han hecho pues, con palabras empleadas en este último precedente, aquéllas no han ejercido sino el derecho que les "asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación" (conf. Fallos: 325:524, voto de los jueces Fayt y Petracchi, considerando 6°).

Es claro que, a la luz de la norma legal impugnada por las actoras, los asociados que agrupan (titulares de licencias de radio y televisión) sufren una "interdicción" para una "actividad" que ellos han llevado a cabo y quieren seguir realizando, como lo reconoce el fallo del *a quo* (fs. 99, cuarto párrafo). Ello demuestra la existencia de causa, controversia o caso contencioso que habilita la intervención judicial (conf. Fallos: 325:524, 560).

5°) Que es correcto que la presente causa haya tramitado ante los estrados de la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, toda vez que las actoras han impugnado al art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires como contrario a la libertad de expresión tutelada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y en el art. 12, inc. 2°, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (conf. fs. 8, punto 4.3, del escrito de demanda), resulta aplicable la jurisprudencia según la cual, cuando se arguye que un acto es contrario a leyes locales y nacionales, primero se debe acudir a los tribunales de la justicia local y, en su caso, llegar a esta Corte por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 176:315; 311:1588 y 322:1470).

6°) Que, con relación a los planteos de arbitrariedad efectuados por las apelantes, no se advierte que la sentencia del *a quo* adolezca de vicios que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal sobre la materia. Los agravios que las actoras presentan bajo esa terminología –que se sintetizan en la afirmación de que el fallo contiene afirmaciones "dogmáticas"– constituyen, en verdad, argumentaciones concernientes a los agravios federales que la decisión del *a quo* les suscita (violación de la ley 22.285 y de la Constitución Nacional), por lo que serán tratados conjuntamente con aquéllos.

Existe, en cambio, la cuestión federal prevista en el art. 14, inc. 2°, de la ley 48, ya que el art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires se ha puesto en cuestión bajo la pretensión de que es contrario a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y la decisión del *a quo* ha sido en favor de la validez de la ley local.

7°) Que en su primer agravio las recurrentes alegan que, en tanto que el art. 5° de la ley 268 prohíbe informar sobre los resultados de encuestas electorales (durante las 48 hs. anteriores a los comicios) y sobre las encuestas llamadas "boca de urna" (hasta transcurridas tres horas de cerrados aquéllos), la legislación nacional (ley 22.285) no vedaría dicha actividad informativa. La señalada oposición revelaría, a juicio de las recurrentes, que la legislatura local ha invadido indebidamente un espacio normativo reservado a la Nación, prohibiendo lo que esta última autoriza.

Resulta decisivo, en la estructura del agravio tal como ha sido formulado, que la Nación y la Ciudad legislen en forma antinómica sobre el tema de las encuestas, de modo tal que si la aludida contradicción no existiera, el agravio también desaparecería.

Esto último es lo que ha sucedido. Aun admitiendo –a título de mera hipótesis– el planteo efectuado por las apelantes, debe reparar-se en que el art. 4° de la ley nacional 25.610 ha reformado el Código Nacional Electoral estableciendo una norma sustancialmente igual a la de la Ciudad de Buenos Aires (1). Esta circunstancia, de cuya consideración la Corte no puede prescindir (conf. arts. 163, inc. 6°, y 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 316:1175, considerando 2°), produce la consecuencia ya señalada y hace innecesario pronunciarse sobre el agravio de las recurrentes.

8°) Que resta considerar si el art. 5° de la ley 268 ha violado la libertad de expresión tutelada en la Constitución Nacional.

---

(1) Art. 71 del C.N.E. según la ley 25.610 "Prohibiciones. Queda prohibido: f) Realizar actos públicos de proselitismo y publicar y difundir encuestas y sondeos preelectorales, desde cuarenta y ocho horas antes de la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo.

h) Publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta tres horas después de su cierre".

La restricción consagrada en el mencionado art. 5° opera sobre las **encuestas electorales** de dos clases:

A) Las que indican las preferencias hipotéticas de la ciudadanía antes de los comicios. Pronostican qué es lo que probablemente la gente va a votar.

B) Las que apuntan a la manera –también hipotética– en que los electores se han pronunciado (las encuestas llamadas "boca de urna", que se hacen sobre un muestreo practicado sobre las personas que han concurrido efectivamente a votar). Señalan qué es lo que probablemente la gente ha votado.

La prohibición del art. 5° de la ley 268 recae sobre la "difusión, publicación, comentarios o referencias" de los "resultados" de ese tipo de encuestas. Opera, para las sub A, en las 48 hs. previas a los comicios y, para las sub B, en las 3 hs. posteriores a su cierre.

Debe repararse en que la interdicción se refiere sólo a los "resultados electorales". Podría, por consiguiente, tanto en el caso sub A, como en el sub B, difundirse qué es lo que la población (interrogada por los encuestadores) piensa sobre otros innumerables temas (por. ej., la opinión que le merecen los políticos, o los jueces, o los sindicalistas, o si la constitución debe reformarse, o si la política económica es buena, o si el país debe entrar en el ALCA, etc., etc.). Sólo lo relacionado con la preferencia electoral (primer caso) o lo efectivamente votado (segundo caso) es de difusión vedada. Es ese ***contenido*** de la encuesta lo que específicamente se prohíbe divulgar.

9°) Que las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el ***contenido*** del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo. Ese criterio es pacífico en la jurisprudencia constitucional norteamericana.

La sentencia de la Suprema Corte de los EE.UU. en la causa "***United States et al. v. Play Boy Entertainment Group, Inc.***" (22 de mayo de 2000) reseña la doctrina que rige en la materia y los fallos que la han aplicado (capítulo III) y la sintetiza así: cuando el gobierno intenta restringir el discurso (*speech*) basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad reconocida a las decisiones del congreso. "Las regulaciones [de la expresión] basadas en el contenido se presumen inválidas" (*R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377,

382 (1992) y el gobierno carga con la prueba de rebatir esa presunción.

Según la Corte norteamericana, es raro que una limitación que restrinja la expresión a causa de su contenido sea válida, razón por la cual si se diera al Estado el beneficio de la duda cuando procura coartar de esa manera el discurso, se correría el riesgo de admitir regulaciones que buscan modelar nuestras personalidades o silenciar ideas disidentes. Cuando la adecuación a la primera enmienda es el punto que debe ser probado, el riesgo de no persuadir, inherente a todo juicio, debe recaer sobre el gobierno, no sobre el ciudadano (fallo "*Play Boy*", ya citado, loc. cit.).

El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es "necesaria" para el logro de un "apremiante interés público" y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés (Barron, Jerome-Dienes, C. Thomas, "*First Amendment Law*", West Publishing Co., 1993, págs. 23 y 27 y sgtes.).

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos también supedita las condiciones y restricciones que afecten el ejercicio de la libertad de expresión a que sean "medidas necesarias en una sociedad democrática" (art. 10, subrayado agregado).

La desconfianza que inspiran las restricciones "*content based*" es justificada y se basa, según Stone, en tres clases de razones: a) esas restricciones distorsionan el debate público; b) los funcionarios tienden a prohibir, a través de ellas, a expresiones que consideran "poco valiosas" o "perjudiciales"; c) son restricciones inspiradas en el miedo al "impacto comunicativo" de la expresión prohibida: los funcionarios no creen que los ciudadanos, expuestos a determinadas expresiones, puedan hacer las opciones que las autoridades consideran "correctas". También el gobierno teme que la expresión (que se prohíbe) pueda provocar la respuesta de una "audiencia hostil". Advierte el autor citado que en todas estas posturas subyace un fuerte e intolerante paternalismo (Stone, Geoffrey R., "*Content Regulation and the First Amendment*", 25 William & Mary Law Review 189, año 1983; del mismo autor "*Content –Neutral Restrictions*", The University of Chicago Law Review, 54:46. año 1987).

La presunción de invalidez de las restricciones a la libertad de expresión, que están basadas en el contenido de aquélla, resulta cohe-

rente con la jurisprudencia según la cual las autoridades no pueden restringir las palabras de los ciudadanos porque desaprueben el mensaje particular que transmiten (“*Cornelius v. NAACP Legal Def. & Educ.Fund.*”, 473 U.S. 788, año 1985; “*Consolidated Edison Co. v. Public Serv. Comm'n*”, 447 U.S. 530, año 1980).

10) Que esta Corte comparte el criterio según el cual esta clase de restricciones debe ser juzgada con un escrutinio estricto y, en consecuencia, lo aplicará a las examinadas en el *sub lite*.

Corresponde primeramente analizar la prohibición de informar resultados de encuestas sobre preferencias electorales en las 48 hs. que preceden a los comicios (ver considerando 8°, sub A).

Parece claro que, aun aplicando el mencionado escrutinio estricto, la restricción debe ser considerada válida. Debe advertirse –en primer lugar– que las encuestadoras deben haber libremente informado, durante los días, semanas y meses previos a la elección, sobre las tendencias electorales de la ciudadanía. Por ello, que no lo puedan hacer durante el breve lapso de 48 hs. previas al acto eleccionario, no priva a los electores de algún dato que ya no posean.

Además –y esto es lo decisivo– el interés que se busca proteger con la restricción es de una entidad relevante y la justifica. En efecto, el silencio debe ser preservado –en esas 48 hs. previas a la elección– pues hace a la calidad del voto que después ha de emitirse. Constituye el espacio óptimo para la reflexión final previa a aquél y es el ámbito en el cual los pro y contra de cada postura se sopesan. Ese marco de sosiego espiritual se vería alterado, no sólo por la propaganda partidaria (de allí la “veda” política en ese lapso), sino también por la difusión de resultados de encuestas electorales que interferirían con la paz y el equilibrio imprescindibles en los momentos previos a la elección.

Incluso en los EE.UU., donde las restricciones “*content based*” son juzgadas con la severidad ya señalada, se han justificado algunas que persiguen tutelar el derecho al voto (consciente, libre y sin presiones) del ciudadano.

Así por ejemplo, en un caso en que la legislación de Tennessee impedía la propaganda política (no otro tipo de discursos) dentro de un radio de 100 pies de los lugares de votación, la aplicación de un

escrutinio estricto no impidió a la Corte convalidar la restricción, pues lo que la norma local buscaba era preservar la libertad y pureza del sufragio ("*Burson v. Freeman*", 504 U.S. 191, año 1992).

11) Que otra es la conclusión cuando se trata de la prohibición de informar, hasta 3 hs. después de cerrados los comicios, sobre los resultados de las encuestas "boca de urna" (ver considerando 8°, sub B).

Las opiniones de los legisladores de la Ciudad –compartidas por el *a quo* y transcriptas en su fallo– revelan, en el caso de estas encuestas, el infundado paternalismo del que la Constitución nos protege (ver *supra*, considerando 9°).

Surge de esos discursos que no se trata de defender la pureza del voto o el sosiego espiritual que debe precederlo (como en el caso de las encuestas previas al día de la votación), sino de preservar la "tranquilidad" de la gente después de los comicios. Los legisladores constatan que las encuestas son "falibles" y que, a veces, han dado por ganadores a los que, finalmente, perdieron. Piensan que eso genera "confusión" y, a veces, "tensión social" entre los militantes de las distintas fuerzas, lo que procuran evitar por medio de la prohibición. También intentan evitar que el resultado de las encuestas *boca de urna* "compita" con el del escrutinio oficial (fs. 98, 100, 101, 109, 110, 111 del expte. A.682.XXXVI.).

Se advierte fácilmente que esas prevenciones dan por cierto e inmodificable un comportamiento infantil en la población, la que, a pesar de las veces en que las predicciones de los especialistas han fallado, daría por indubitable lo que no es más que un pronóstico y se libraría a no se sabe qué clase de excesos.

Aparte de que el Estado podría subrayar adecuadamente, a través de los canales de que dispone, el mencionado carácter falible de las encuestas, no se advierte, tampoco, qué inconvenientes produciría la publicidad de los datos de aquéllas antes del informe de los datos oficiales. Más bien, el riesgo está de parte de los encuestadores y de quienes transmiten sus resultados, pues a corto plazo estos se verán confirmados, o, tal vez, desmentidos (con descrédito, en este último caso, para los que los generaron).

Acertados o erróneos, los datos que las encuestadoras suministran deben ser juzgados por la gente por lo que son, es decir, pronósti-

cos de cómo las personas han votado. Nada más que eso, pero, también, nada menos que eso. Para juzgar sobre su credibilidad se atenderá, entre otras cosas, a la condición más o menos fiable de quienes los emiten.

Tampoco puede descartarse que, en ocasiones, la existencia de esas encuestas pueda contribuir a apresurar el lento ritmo que suele caracterizar la información oficial sobre el resultado de los comicios o que, en otras, morigere el exagerado triunfalismo de algún candidato que –sobre la base del resultado de unas pocas mesas de votación– se considere ganador.

Todo esto –en definitiva– debe ser juzgado por la población, no por el gobierno. Esta es la perspectiva que se olvida en este aspecto de la norma *sub examine*.

Nadie le pide al Estado que nos proteja de los errores que puedan cometer los encuestadores sobre cómo los ciudadanos han votado. Que aquéllos disfruten de sus aciertos y sufran con sus fracasos. La sociedad los valorará o los menospreciará, según unos y otros se vayan escalonando. Lo que la Constitución no permite es que, so pretexto de protección al pueblo, se le impida a éste recibir información y valorarla, privándolo de actividades que sólo a él competen.

Esa es la razón por la cual esta parte del art. 5° de la ley 268 no logra superar el escrutinio a que se la somete. La finalidad perseguida por quienes la sancionaron no parece compatible con una visión republicana y democrática, según la cual sólo al pueblo corresponde discernir los méritos de la información que se le ofrece, sin que pueda vedársele el acceso a aquélla con la excusa de que puede contener errores.

Sustituir el juicio de la población por el juicio de las autoridades: he aquí la quintaesencia del paternalismo inconstitucional.

12) Que cabe concluir transcribiendo los conceptos vertidos por el ***Tribunal Constitucional de Perú*** (4 de abril de 2001), al fallar una causa que presenta analogías con el *sub lite* (“expte. 02-2001-AITC, Defensoría del Pueblo, Lima”): “La medida limitadora que se ha cuestionado resulta excesiva y no tolerable en un régimen democrático, donde la libertad de informar sólo puede ser limitada en la medida de

lo estrictamente debido. Las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad, y como tales, representan un medio válido para la formación de una opinión pública, a la vez de representar también un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables del proceso electoral, y en esa medida, de la propia transparencia del proceso electoral" ("*Justicia Electoral*", publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 2001, N° 15, págs. 265/273, especialmente pág. 271).

Señala el Tribunal Constitucional peruano –y resulta aplicable a nuestro caso– que, si bien es cierto que la preservación del orden interno es un bien constitucional, que en algunos casos puede autorizar restricciones al derecho a la información, "ello ocurre exclusivamente, según la doctrina constitucional, cuando el peligro de desorden público es grave e inminente", lo que no ha sido probado. Más bien, "la gran mayoría de la población es consciente de que los resultados de las encuestadoras no son exactos, y que deben esperar el resultado oficial, pacíficamente, como en efecto ha ocurrido en la gran mayoría de procesos electorales" (sentencia citada, pág. 269).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca parcialmente la sentencia apelada, con costas, declarándose la inconstitucionalidad del art. 5° de la ley 268 de la Ciudad de Buenos Aires, en la parte que se refiere a la prohibición de difundir los resultados de las encuestas electorales denominadas "boca de urna". Dase por perdido el depósito (fs. 109 del expediente A. 656.XXXVI.). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte han sido objeto de adecuada reseña en el dictamen del señor Procurador

General que antecede, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

2°) Que las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas (Fallos: 247:466; 249:553; 250:346, entre muchos otros). Por otra parte, es doctrina del Tribunal que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y que su desaparición importa la de poder juzgar (Fallos: 308:1489).

3°) Que el poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de un caso o controversia, lo que impide su ejercicio cuando estas circunstancias ya no existen.

4°) Que, en el caso, habiéndose celebrado el acto eleccionario local que motivó el presente amparo, los apelantes carecen de un interés jurídico actual que los legitime en su pretensión, por lo que su planteo se ha tornado abstracto.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara que resulta abstracta la cuestión planteada. Notifíquese, reintégrese el depósito de fs. 109 (expte. A.656.XXXVI. R.H.) por no corresponder. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso extraordinario interpuesto por **la Asociación de Teleradiodifusoras Argentina (A.T.A.) y Asociación Radiodifusoras Privadas Argentina (A.R.P.A.)**, representadas por **los Dres. Matías Detry (apoderado A.T.A.) y Edmundo Rebora (representante A.R.P.A.),** con el patrocinio de **los Dres. David Andrés Halperín y María del Carmen Alfonsi.**
Traslado contestado por **la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires,** representada por **la Dra. Daniela B. Ugolini**
Recurso de hecho interpuesto por **la actora: Asociación de Teleradiodifusoras Argentina (A.T.A.) y la Asociación Radiodifusoras Privadas Argentina (A.R.P.A.),** representadas por **los Dres. David Andrés Halperín y María del Carmen Alfonsi.**
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5.**

TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. v. ALBINO VIEGAS COSTA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se discute la aplicación de las normas federales que establecieron la tasa de interés punitoria en caso de mora en el pago de las facturas por la prestación del servicio básico telefónico –decretos 2332/92 y 2344/90 y resoluciones de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones– y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

TELECOMUNICACIONES.

Corresponde revocar la sentencia que, después de reconocer expresamente que el prestador y el cliente no pueden pactar las tarifas ni los recargos por mora, porque ellos ya están contemplados en el marco normativo que regula el servicio público de telecomunicaciones, e incluso identificar las disposiciones que rigen el caso, las dejó de lado para aplicar normas de la legislación civil –art. 656 del Código Civil– destinadas a regular situaciones diferentes, como son los contratos que las partes pueden convenir libremente.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

INTERESES: Relación jurídica entre las partes. Casos varios.

Corresponde revocar la sentencia que no sólo se apartó de la solución normativa de la causa y dejó de aplicar normas federales sin declarar su inconstitucionalidad, sino que también se atribuyó la facultad de fijar la tasa de interés en detrimento de las funciones asignadas a otro poder público.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Relación directa. Sentencias con fundamentos no federales o federales consentidos.

A los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, no sólo se requiere el planteo de una cuestión federal sino también que ésta guarde relación directa e inmediata con el contenido de la resolución impugnada, lo que no se cumple si, pese a hallarse en juego una cuestión de aquella índole, lo decidido se apoya en normas de derecho común –art. 656 del Código Civil– sin que se advierta que el sólo apartamiento de lo dispuesto en las normas federales invocadas sea causal de descalificación del pronunciamiento, si los jueces se fundaron, aunque sea implícitamente, en facultades que les son propias (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

La determinación de los intereses a aplicar se encuentra ubicada dentro del espacio de razonable discreción propio de los jueces de la causa que interpretan el caso concreto sin lesionar garantías constitucionales (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

JUECES.

Es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda entablada por Telefónica de Argentina S.A. y condenó a Albino Viegas Costa a abonarle el importe que fijó por facturas impagas del servicio básico telefónico, con más los intereses que estableció hasta el 31 de marzo de 1991 y, a partir de esa fecha, ordenó que se aplicara, como interés punitorio sobre cada una de las deudas vencidas, la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina aumentada en un 50% hasta su efectivo pago (fs. 243/248).

Para así decidir, contrariamente a lo resuelto por el juez de grado, concluyó que el prestador del servicio y el cliente no pueden convenir o pactar las tarifas ni los recargos por mora, pues ello está previsto tanto en el marco normativo que regulaba el servicio público de telecomunicaciones al vencimiento de cada una de las deudas como en las normas dictadas con posterioridad, a las que identificó.

Sin embargo, cotejando las sumas consignadas en concepto de deuda sin y con recargo, ya sea que se aplique lo dispuesto en el decreto

1246/75 o lo prescripto en la resolución 2911/92 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de vigencia posterior al vencimiento de las deudas de autos, consideró que surge una notoria desproporción entre los valores, que demuestra la exorbitancia de la punición. Por ello, con fundamento en el art. 656 del Código Civil y en la finalidad de los recargos, dispuso que se aplicara la tasa de interés pasiva promedio que publica mensualmente el BCRA, aumentada en un 50%, por considerarla una pauta objetiva y razonable –variable según las condiciones del mercado– que cumple con el objetivo buscado de compeler al deudor a pagar en término.

– II –

Disconforme, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 250/257, que fue concedido (fs. 260/261).

Cuestiona el fallo porque aplica el art. 656 del Código Civil –que permite a los jueces reducir los intereses convenidos como cláusula penal si las penas resultan desproporcionadas y abusivas– cuando los magistrados entendieron que el marco regulatorio del servicio de telecomunicaciones no permite que el prestador y el cliente puedan pactar las tarifas o los recargos por mora, porque ellos están establecidos legalmente.

Con ello, dice, el *a quo* dejó de aplicar las normas regulatorias en materia de intereses punitorios instituidos legalmente –no en forma convencional– por la autoridad administrativa en los límites de su delegación, sin que ello fuera tachado de inconstitucional por el demandado y, desde tal perspectiva, se arrogó la atribución de fijar la tasa de interés punitorio cuando esta materia es propia del Poder Ejecutivo Nacional, según lo prevé la ley 19.798.

Ello es así, porque el Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico vigente, aprobado por la resolución 10.059/99 de la Secretaría de Comunicaciones, dispone que la tasa que los prestadores podrán aplicar en concepto de interés y de punitorios por mora en facturas no podrá exceder en más de un cincuenta por ciento la tasa activa para descuento de documentos comerciales a treinta días del Banco de la Nación Argentina y el monto consignado en la segunda fecha de la factura para pago en mora no podrá ser mayor al que resultare de aplicar esta tasa a la cantidad de días transcurridos entre el vencimiento y esta segunda fecha (art. 16), en coincidencia, ade-

más, con lo previsto por el art. 31 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (texto según la ley 24.568).

– III –

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que en autos se discute la aplicación de las normas federales que establecieron la tasa de interés punitoria en caso de mora en el pago de las facturas por la prestación del servicio básico telefónico y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

– IV –

Con relación al fondo del asunto, pienso que asiste razón a la recurrente cuando afirma que el *a quo* dejó de aplicar las disposiciones de carácter federal que regulan el servicio básico telefónico y prevén la solución normativa a la controversia suscitada en autos, circunstancia que, por lo demás, descalifica a la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Así lo considero, porque la Cámara, después de reconocer expresamente que el prestador y el cliente no pueden pactar las tarifas ni los recargos por mora, porque ellos ya están contemplados en el marco normativo que regula el servicio público de telecomunicaciones, e incluso identificar las disposiciones que rigen el caso, las dejó de lado para aplicar normas de la legislación civil destinadas a regular situaciones diferentes a las de autos, como son los contratos que las partes pueden convenir libremente.

Con tal proceder, la sentencia judicial no sólo se apartó de la solución normativa de la causa (Fallos: 324:4470) y dejó de aplicar normas federales sin declarar su inconstitucionalidad, sino que también se atribuyó la facultad de fijar la tasa de interés en detrimento de las funciones asignadas a otro poder público, todo lo cual conduce a admitir los planteos de la recurrente.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 17 de marzo de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Telefónica de Argentina S.A. c/ Viegas Costa, Albino s/ sumario".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal subrogante en el dictamen que antecede, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que Telefónica de Argentina S.A. promovió acción de cobro de pesos contra Albino Viegas Costa por el monto de $ 13.197,51 con sus intereses, con causa en falta de pago por el uso del servicio telefónico de la línea 72008.

2°) Que la sentencia de primera instancia (fs. 50/56) hizo lugar a la demanda, ordenó abonar a la actora la suma de $ 2.068,72 e impuso las costas a la actora por considerar que existió pluspetición. El juez consideró que las partes no habían fijado contractualmente tasa de

interés alguna para el supuesto de mora y la misma debía fijarse judicialmente. Al monto de condena adicionó con respecto a los dos primeros lotes un interés puro del 6% anual, desde que dicha suma fue devengada hasta el 31 de marzo de 1991. A partir de la mencionada fecha dispuso aplicar a la totalidad de la deuda la tasa pasiva promedio mensual que proporciona el Banco Central de la República Argentina para uso de la justicia, directamente sobre los lotes 66 y 6 y desde que cada suma fue devengada, con respecto a los cuatro restantes, todo ello hasta su efectivo pago.

3°) Que la Cámara Federal de Apelaciones revocó parcialmente la sentencia recurrida (fs. 243/248). Sostuvo el *a quo* que el demandado debía abonarle a la actora la suma de $ 2.068,72 con más los intereses, que estableció de la siguiente forma: con respecto a los dos primeros lotes, el 6% anual desde que cada suma era debida hasta el 31 de marzo de 1991, y a partir de esa fecha dispuso aplicar como interés punitorio sobre cada una de todas las deudas vencidas la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA aumentada en un 50% hasta su efectivo pago.

4°) Que para así decidir, consideró que el prestador del servicio y el cliente no pueden convenir o pactar las tarifas ni los recargos por mora, pues ello está previsto tanto en el marco normativo que regulaba el servicio de telecomunicaciones al vencimiento de cada una de las deudas como en las normas dictadas con posterioridad, a las que identificó. Cotejó las sumas consignadas en concepto de deuda con y sin recargo y consideró que surgía una notoria desproporción entre los valores que demostraba la exorbitancia de los intereses punitorios. Por ello, con fundamento en el art. 656 del Código Civil y en la finalidad de los recargos, dispuso que se aplicara la tasa de interés pasiva promedio que publica mensualmente el BCRA, aumentada en un 50%, por considerarla una pauta objetiva y razonable –variable según las condiciones del mercado– que cumple con el objetivo buscado de compeler al deudor a pagar en término.

5°) Que contra esa decisión la parte actora interpuso recurso extraordinario (fs. 250/257), el que fue concedido a fs. 260/261 por considerar que existía cuestión federal.

Sostiene que la sentencia recurrida ha puesto en cuestión la validez de los decretos por los cuales el Poder Ejecutivo (dtos. 2332/92 y

2344/90) y a su tiempo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (res. 127/91, 1435/92 y 2911/92) establecieron la tasa de interés punitoria en caso de mora en el pago de facturas por la prestación del servicio público telefónico y que la decisión adoptada en ambas instancias ha sido contraria a su validez y concreta aplicación del caso. Considera que el *a quo*, mediante la invocación del art. 656 del Código Civil declara irrazonables por excesivos los intereses punitorios de origen legal establecidos por la autoridad pública competente para los supuestos de mora en el pago del servicio básico telefónico y proyecta su solución hasta el presente, cuando con posterioridad a la promoción de la demanda se han dictado nuevas resoluciones de la autoridad competente (como la res. Sec. Com. 1059/99) que no ha sido materia de controversia, y que expresamente contienen una solución legal distinta a la afirmada en el fallo. Invoca a su favor el art. 16 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico y el art. 31 de la ley de Defensa del Consumidor según la reforma de la ley 24.568, que en su art. 31 establece los límites en cuestión.

6°) Que para resolver como lo hizo, el *a quo* aplicó el art. 656 del Código Civil para determinar la tasa de interés punitoria. Si bien la decisión apelada no sostuvo que los decretos y normas en cuestión eran inválidos, simplemente los consideró inaplicables al presente caso por lo que a su juicio era una desproporción, reemplazándolos mediante la facultad prevista en el Código Civil.

7°) Que, a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario, no sólo se requiere el planteo de una cuestión federal sino también que ésta guarde relación directa e inmediata con el contenido de la resolución impugnada. Ello no se cumple si, pese a hallarse en juego una cuestión de aquella índole, la resolución del *a quo* se apoya en normas de derecho común (Fallos: 307:2131) sin que se advierta que el sólo apartamiento de lo dispuesto en las normas federales invocadas sea causal de descalificación del pronunciamiento, pues para resolver como lo han hecho, los jueces de la causa se fundaron, aunque sea implícitamente, en facultades que les son propias y que este Tribunal ha convalidado en otras oportunidades.

En efecto, la determinación de los intereses a aplicar se encuentra ubicada dentro del espacio de razonable discreción propio de los jueces de la causa que interpretan el caso concreto sin lesionar garantías constitucionales (Fallos: 317:507).

8°) Que, en efecto, la aplicación de otra tasa de interés implicó en cierta medida cuestionar –aunque sea tácitamente– su legalidad. Al respecto cabe recordar que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (Fallos: 315:1209) y en tal sentido entendemos que la facultad de los jueces de morigerar los intereses ha sido adecuadamente fundamentada por los jueces de la causa para poder apartarse de las normas invocadas por la recurrente.

9°) Que así como este Tribunal no ha vacilado en invalidar lo decidido en materia de intereses cuando el resultado obtenido se vuelve objetivamente injusto por desproporcionado e irrazonable, superando ostensiblemente la pretensión del acreedor y produciendo un injustificado e inequívoco despojo del deudor, en detrimento de la moral y las buenas costumbres –arts. 21, 953 y 1071 del Código Civil– pues la realidad económica debe prevalecer sobre las fórmulas económicas abstractas (J.87.XXXVII "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento", sentencia del 1° de junio de 2004 –Fallos: 327:1881–), también deben respetarse las conclusiones de los jueces de la causa sobre la misma materia.

En síntesis, la forma en que el *a quo* resolvió la aplicación de intereses, desplazando la normativa federal que se reclamó como aplicable al presente litigio mediante el ejercicio de una facultad propia de los tribunales de la causa que consiste en morigerar los intereses dispuestos por una norma legal por considerarlos abusivos tiene fundamentos suficientes que permiten concluir que la sentencia apelada debe ser confirmada.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por **Telefónica de Argentina S.A.,** patrocinada por **el Dr. Eduardo de Villafañe.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (Chubut).**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Rawson, Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia y Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 237).**

CARLOS ALBERTO JUREVICH

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Las decisiones que admiten o deniegan nulidades, en términos generales no constituyen sentencia definitiva y en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la fundamentación normativa.

Es descalificable el pronunciamiento que resolvió sobre la cuestión de fondo vinculada a los agravios invocados en el recurso de casación, omitiendo la intervención del representante del Ministerio Público, en violación a lo establecido en los arts. 478, 465, 451 y 453 del Código Procesal Penal de la Nación; proceder que no se compadece con el cumplimiento de la garantía del debido proceso.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.

Corresponde revocar el pronunciamiento que declaró la nulidad del requerimiento fiscal de instrucción y de los actos procesales practicados en consecuencia y apartó al juez de la causa, si carece de la fundamentación necesaria que sustente lo resuelto, máxime si no se advierten los motivos por los cuales el acto no fue impugnado durante toda la instrucción, ya que, una vez notificado el auto de procesamiento, se recurrió por apelación.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

La resolución que declaró la nulidad del requerimiento fiscal de instrucción y de los actos procesales practicados en consecuencia y apartó al juez de la causa, no constituye sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48) (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

En la causa N° 9772/98, origen del presente recurso de queja, se imputó a los oficiales de la Policía Federal Argentina, Carlos Alberto Jurevich y Fernando Pinzetta Martínez haber "fabricado" el delito que utilizaron como pretexto para detener, el 17 de septiembre de 1998, a los ciudadanos Leonardo Esquivel y Ramón Acevedo frente al número 1257 de la calle Libertad de esta ciudad. Esquivel y Acevedo permanecieron catorce días privados de su libertad. El 9 de octubre de 1998 fueron sobreseídos y los policías denunciados.

Jurevich y Pinzetta Martínez fueron indagados y luego procesados –sin prisión preventiva– por los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada, falsedad ideológica de instrumento público y falso testimonio agravado reiterado. Apelada la resolución, fue confirmada por la Cámara de Apelaciones el 3 de agosto de 1999.

Con fecha 17 de abril de 2002, los Fiscales Di Masi y Dahl Rocha requirieron la elevación de la causa a juicio por esos mismos delitos.

– II –

Durante esa etapa procesal, la defensa de Jurevich peticionó la nulidad del requerimiento de instrucción aduciendo que carecía de una descripción circunstanciada en modo, tiempo y lugar del hecho imputado.

El Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, doctor Rodolfo Canicoba Corral, rechazó el planteo de nulidad, lo que motivó a la defensa a interponer recurso de apelación contra lo resuelto. A su turno, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del fuero, por el voto unánime de los doctores Cattani, Luraschi e Irurzún, confirmó dicha resolución.

Contra esa decisión la defensa interpuso entonces recurso de casación, cuya denegación motivó la presentación de un recurso de queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

La Sala IV de ese tribunal admitió la presentación directa y declaró la nulidad del requerimiento fiscal de instrucción y de todo lo actuado en consecuencia (artículos 18 de la Constitución Nacional, y 167, inciso 2°, 168, segundo párrafo, 173 y 180 del Código Procesal Penal). Para resolver así, los magistrados sostuvieron que el derecho de defensa, a cuyo resguardo sirve el principio *ne procedat iudex ex officio*, exigía que el requerimiento fiscal de instrucción establezca los límites fácticos de la investigación. Y basándose en lo expresado previamente por la Cámara de Apelaciones, en el sentido de que con relación al delito de falso testimonio el requerimiento era poco ortodoxo, por no haberse descripto en él acabadamente la conducta, concluyeron que esa circunstancia imponía declarar la nulidad de todo lo actuado.

Contra este pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal, doctor Raúl Omar Pleé, articuló el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presenta queja.

– III –

No paso por alto que, según la jurisprudencia de V.E., las decisiones que resuelven nulidades no constituyen sentencias definitivas (cf. Fallos: 301:859; 308:1667; 310:2733; 311:1671). Sin embargo, la Corte ha hecho excepción a esa regla y ha admitido el recurso extraordinario cuando el agravio articulado no podría ser objeto de reparación ulterior, ante la flagrante violación del debido proceso, cuya salvaguarda exige asegurar una inobjetable administración de justicia (cf. Fallos: 310:1924; 321:1385 y 3679).

Tal es la situación que, a mi juicio, aquí se presenta, pues si bien es cierto que lo resuelto no impide la continuación del proceso, también lo es que la duración de éste se halla limitada constitucionalmente a un plazo razonable por encima del cual el ejercicio de la acción penal se torna ilegítimo. Y más allá de que, según la concepción dominante, este plazo es indeterminado y debe ser precisado judicialmente en función de las particularidades de cada caso (Fallos: 310:1476; 318:1877; 319:1840; 321:1328), lo cual aún no ha ocurrido en autos, es innegable que la decisión de volver el expediente a fojas cero a cinco años del inicio de la causa –y cuando ya se había requerido la elevación a juicio– restringe sensiblemente el plazo útil del que ahora dispone el Ministerio Fiscal para completar nuevamente la investiga-

ción, provocar la apertura del juicio y obtener una sentencia que ponga fin al proceso.

En tales condiciones, la invocación de la proximidad del plazo de prescripción por parte del recurrente para demostrar la definitividad del agravio no constituye una circunstancia conjetural, como lo interpretó el *a quo*, sino que pone de manifiesto el perjuicio actual en términos de tiempo disponible para llevar adelante la persecución penal dentro de un plazo razonable.

Por lo demás, en cuanto al restante agravio articulado por el Fiscal General, referido a que, no obstante el *a quo* haber declarado procedente la queja, omitió darle intervención previo a resolver sobre el fondo de la cuestión, pienso que también le asiste razón cuando aduce que el pronunciamiento ocasiona a este Ministerio Fiscal un perjuicio de insusceptible reparación posterior, puesto que la intervención soslayada y, con ello, las reglas del debido proceso legal, sólo pueden ser objeto de tutela útil en la etapa prevista para esa actividad procesal.

Al respecto, y con referencia a la relación directa que debe existir entre la cuestión federal y el resultado del litigio, cabe destacar que los argumentos que por tal motivo el Fiscal General recién tuvo oportunidad de plantear en la apelación extraordinaria presentaban entonces y también ahora, como lo expondré seguidamente en este dictamen, virtualidad suficiente para modificar la solución del caso.

Por último, aunque ambos agravios remiten al examen de cuestiones de naturaleza procesal, materia ajena –como regla– a esta instancia extraordinaria, tal circunstancia no constituye óbice para que V.E. pueda invalidar lo resuelto, con base en la doctrina de la arbitrariedad, si –como aquí sucede– la decisión sólo satisface en apariencia la exigencia constitucional de adecuada fundamentación, con evidente menoscabo de las garantías de defensa en juicio y de debido proceso (Fallos: 321:1385, entre otros).

– IV –

En tal sentido, y en cuanto al fondo de la primera de las cuestiones traídas a debate, creo oportuno recordar que es doctrina de V.E. que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afec-

te un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia (cf. Fallos: 311:1413 y 2337, y sus citas).

En un precedente reciente el Tribunal expresó, además, que la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma, dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal, y exige, en cambio, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (B. 66, L. XXXIV, "Bianchi, Guillermo Oscar s/ defraudación", sentencia del 27 de junio de 2002, Fallos: 325:1404).

Con esta premisa como punto de partida, no advierto –ni tampoco lo menciona el *a quo*– cuál es el perjuicio que el acto impugnado pudo haber ocasionado al derecho de defensa de los imputados, si se tiene en cuenta que fueron informados detalladamente sobre los hechos que se les atribuía y las pruebas existentes en su contra previo a que ejercieran su derecho a ser oídos en ocasión de su declaración indagatoria, luego fueron puestos una vez más en conocimiento de esos extremos en el auto de procesamiento, que nuevamente en ejercicio de su derecho de defensa apelaron, sin que ninguno de esos actos fuera materia de impugnación por el modo en que habían sido descriptos en ellos los hechos y, finalmente, al momento de la incidencia se contaba ya con la acusación fiscal, una de cuyas funciones es precisamente circunscribir el material fáctico sobre el que versará el debate (cf. Fallos: 325:2005).

Tampoco se advierte, ni ha sido alegado, que el magistrado se haya excedido en el ejercicio de la jurisdicción respecto de lo que fue la pretensión inicial de este Ministerio Fiscal, de modo que tampoco en relación con este aspecto se comprende –ni lo señala el *a quo*– cuál pudo haber sido el agravio que justificara la anulación del requerimiento de instrucción.

En este sentido, asiste razón al Fiscal General recurrente cuando señala que el *a quo* declaró la nulidad absoluta de ese acto por considerarlo poco ortodoxo, al no haberse descripto acabadamente la con-

ducta que envuelve, sin analizar si la descripción del hecho, tal y como fue realizada y conforme la etapa procesal en la que se encontraba, resultaba suficiente para expresar la intención de impulsar la acción y delimitar el acontecimiento objeto de investigación.

Y es que, como bien señala el recurrente, desde un primer momento quedó en claro que se requirió la apertura del sumario para investigar la regularidad del procedimiento policial que culminó con la detención de Esquivel y Acevedo y, como lógica consecuencia, del acta labrada por los imputados en aquella ocasión y de los testimonios que, como preventores, vertieron durante la instrucción.

En tales condiciones, pienso que el pronunciamiento recurrido carece del fundamento suficiente que V.E. exige como condición de validez de las decisiones judiciales (Fallos: 298:373; 301:177), toda vez que en ella no se ha precisado en manera alguna cuál sería el agravio que la supuesta irregularidad del requerimiento de instrucción habría ocasionado a los imputados, ni cuál habría sido el derecho o garantía que se habrían visto impedidos de ejercer, todo lo cual impone la descalificación del fallo por aplicación de la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

– V –

En cuanto al segundo de los agravios mencionados, surge de los antecedentes del legajo que el *a quo* declaró procedente la queja y resolvió sobre el fondo de la cuestión, sin haber dado previamente la debida intervención al representante del Ministerio Fiscal, conforme lo establecen los artículos 478, 465, 453 y 454 del Código Procesal Penal de la Nación. Al proceder así, el tribunal privó entonces al Ministerio Fiscal de la oportunidad de emitir opinión acerca de un recurso de casación por el que se cuestionaba, precisamente, la validez de un acto procesal realizado por sus integrantes, y que fue resuelto en definitiva de forma contraria al interés de este organismo.

Concuerdo, por ello, completamente con el señor Fiscal General cuando sostiene que el tribunal ha incurrido en un apartamiento inequívoco de las disposiciones legales aplicables, lo cual descalifica su decisión, también en este aspecto, a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (Fallos: 318:1711).

– VI –

Por lo expuesto, y los demás fundamentos vertidos por el señor Fiscal General, mantengo la presente queja. Buenos Aires, 22 de diciembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal a cargo de la Fiscalía N° 2 en la causa Jurevich, Carlos Alberto s/ causa N° 3411", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que declaró la nulidad del requerimiento fiscal de instrucción y de todos los actos procesales practicados en consecuencia, y apartó al titular a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de la ciudad de Buenos Aires, el fiscal general de cámara interpuso recurso extraordinario federal que le fue denegado y motivó la queja en examen.

2°) Que en la causa 9772/98 los oficiales de la Policía Federal, Carlos Alberto Jurevich y Fernando Pinzzeta Martínez fueron procesados, sin prisión preventiva, por la comisión de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada, falsedad ideológica de instrumento público y falso testimonio agravado reiterado. Se les imputa haber "armado" una situación delictiva que permitió detener y mantener privados de la libertad a Leonardo Esquivel y Ramón Acevedo durante catorce días, luego de los cuales resultaron sobreseídos y los oficiales policiales denunciados.

El procesamiento fue apelado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal

y confirmado en fecha 3 de agosto de 1999. Con fecha 17 de abril de 2002, los fiscales intervinientes requirieron la elevación de la causa a juicio por esos delitos, oportunidad en que la defensa de Carlos Alberto Jurevich peticionó la nulidad del requerimiento fiscal de instrucción, con el argumento de que carecía de una descripción circunstanciada en cuanto al modo, tiempo y lugar del hecho imputado. El juez interviniente rechazó el planteo de nulidad, decisión que fue confirmada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del fuero. Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación que le fue denegado y generó la interposición de un recurso de queja ante la misma cámara, cuya Sala IV dictó la resolución recurrida.

3°) Que el recurrente entiende que en la presente causa se dan características de excepción que harían admisible el recurso extraordinario, ya que el agravio planteado no permite reparación ulterior, extremo que se verificaría, por entender que la decisión del *a quo* pondría fin a la persecución del delito de privación ilegítima de la libertad (art. 144 bis inc. 1° del Código Penal) por el transcurso del plazo de prescripción.

Asimismo, el recurrente se agravia por el dictado de una resolución que considera arbitraria, ya que declaró la nulidad de un requerimiento de instrucción confeccionado de acuerdo a las pautas que establece el código de forma, fundando dicha decisión en afirmaciones meramente dogmáticas y carentes de motivación lógica. Asimismo, califica de inconstitucional el procedimiento adoptado por el *a quo*, atento que hizo lugar a la presentación directa y resolvió sobre el fondo de los agravios invocados en el recurso de casación, sin haber dado la obligada y debida intervención al representante del Ministerio Público, de acuerdo a lo establecido en los arts. 478, 465, 451 y 453 del Código Procesal Penal de la Nación; proceder que resulta violatorio de los arts. 18 y 120 de la Constitución Nacional.

4°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación declaró inadmisible el recurso federal interpuesto, por no estar dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a ella en sus efectos conclusivos, ya que por el contrario, propicia la continuidad del proceso, situación que no se encontraría salvada por el hipotético agravio de que podría llegar a prescribirse la acción por alguno de los delitos investigados en el legajo principal.

5°) Que esta Corte tiene dicho en numerosos fallos que las decisiones que admiten o deniegan nulidades, en términos generales no constituyen sentencia definitiva y que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva (Fallos: 325:1404). Sin embargo, la causa en examen exhibe particularidades que permiten su tratamiento.

En primer lugar, porque tal como surge del trámite de la causa, el *a quo* hizo lugar a la presentación directa y resolvió sobre la cuestión de fondo vinculada a los agravios invocados en el recurso de casación, omitiendo la intervención del representante del Ministerio Público, en violación a lo establecido en los arts. 478, 465, 451 y 453 del Código Procesal Penal de la Nación; proceder que no se compadece con el cumplimiento de la garantía del debido proceso.

En segundo lugar porque, dado lo excepcional del tratamiento de las cuestiones vinculadas al tema de las nulidades en el proceso, la sentencia del *a quo* carece de la fundamentación necesaria que sustente la decisión adoptada y resulta *prima facie* descalificable como acto jurisdiccional válido.

6°) Que, por otra parte, no se advierten los motivos por los cuales el acto no fue impugnado durante toda la instrucción, más aún si se tiene en cuenta que, una vez notificado el auto de procesamiento, se recurrió por apelación. Además, al momento de interponer la nulidad de marras, ya obraba en el expediente el requerimiento fiscal de elevación a juicio que no fue objetado.

Por ello, y atento a lo manifestado por el señor Procurador General en su presentación, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada. Remítase el recurso de hecho al tribunal *a quo* para que, acumule la queja al principal y, por quien corresponda, se dicte una nueva resolución con arreglo a la presente. Notifíquese.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO, DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se desestima la queja. Hágase saber y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Raúl Omar Pleé, fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 2.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II y Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 de la Capital Federal.**

LABORATORIOS ANDROMACO S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se controvierte la inteligencia de la ley federal 16.463 y su reglamentación, así como también la validez de actos de autoridad nacional y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si los agravios vinculados con la arbitrariedad del fallo se encuentran inescindiblemente ligados a la inteligencia de las normas federales, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

Al discutirse el contenido y alcances de normas de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implica desconocer la preciosa garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La calificación de "objetiva" a la responsabilidad del director técnico de un laboratorio y su consiguiente sanción –en los términos del art. 3° de la ley 16.463–, aun cuando la publicidad hubiera sido dispuesta por otra sección de la empresa sin conocimiento de dicho profesional, comporta una interpretación de la presunción legal que es incompatible con el principio según el cual sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 84/86 de los autos principales –a cuya foliatura me referiré– el titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3 confirmó parcialmente la disposición N° 7876/00 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante ANMAT), mediante la cual impuso la sanción de veinte mil pesos de multa a Laboratorios Andrómaco SA –por infracción a los arts. 19°, inciso d, de la ley 16.463 y 37° del decreto 9763/64, que sanciona toda forma de anuncios al público para los productos medicinales que ha-

yan sido autorizados en la condición de "venta bajo receta"– en tanto que la revocó parcialmente respecto de los seis mil pesos de multa impuesta a su director técnico, Pedro Cavallo, como responsable solidario por esas faltas en los términos del art. 3° de la ley 16.463.

Para así resolver, consideró que, acerca del Laboratorio, la resolución apelada es razonable y la multa impuesta ajustada a derecho.

En cuanto al Director Técnico, señaló que en las actuaciones no existen elementos que "permitan suponer que el nombrado profesional tuvo participación en los hechos imputados al laboratorio". Máxime, si la ANMAT –que cita como fundamento de la multa que le impone al art. 3° de la ley 16.463– lo sancionó por estimarlo solidariamente responsable con aquél.

Sin embargo –aseveró– una detenida lectura del texto del citado artículo permite observar que –contrariamente a lo sostenido por la Administración– la solidaridad en la responsabilidad del director técnico con el titular de la autorización para producir el medicamento (léase "laboratorio") no abarca toda la actividad de éste, sino que se limita a lo que el segundo párrafo del artículo expresamente indica: "serán personal y solidariamente responsables **de la pureza y legitimidad de los productos**", de lo que se sigue que cualquier otra cuestión –como la que se presenta en el *sub lite*– se encuentra excluida de dicha solidaridad, motivo por el cual cabe revocar la disposición apelada en cuanto a este punto se refiere.

– II –

Disconforme, la ANMAT interpuso el recurso extraordinario de fs. 94/107 que, denegado por el *a quo* (fs. 129/132), dio lugar a esta presentación directa, que trae el asunto a conocimiento de V.E.

– III –

En mi concepto, dicho remedio es formalmente admisible, desde que se controvierte la inteligencia de la ley federal 16.463 y su reglamentación, así como también la validez de actos de autoridad nacional y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Considero, asimismo, que, toda vez que los agravios vinculados con la

arbitrariedad del fallo se encuentran inescindiblemente ligados a la inteligencia de las normas federales, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 308:1076; 314:1460).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, es dable recordar que, al discutirse el contenido y alcances de normas de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (doctrina de Fallos: 308:647).

El *a quo* interpretó que el director técnico no es solidariamente responsable porque este aspecto no abarca totalmente su actividad –con sustento en el segundo párrafo del art. 3° de la ley 16.463– toda vez que sólo debe responder por la pureza y legitimidad de los productos que expende el laboratorio.

Advierto, sin embargo, que la resolución M.S. y A.S. N° 1622/884 –que regula la publicidad y propaganda de medicamentos aprobados bajo condición "venta libre"– dispone, en lo que al supuesto de autos interesa, que "Las infracciones a esta resolución harán pasible a los titulares del producto publicitado y al **Director Técnico**, de las **sanciones previstas en la ley 16.463**." (art. 13, énfasis agregado).

Tal disposición, según estimo, es la que determina que la Ley de Medicamentos y sus decretos reglamentarios sean directamente aplicables en lo tocante a la responsabilidad y solidaridad del director técnico respecto de la publicidad que se cuestiona. Sin embargo, no cabe interpretar –según opino– que de dicho plexo normativo se derive que aquél sea responsable de modo ineludible.

En efecto, parece insoslayable recordar lo declarado por el Tribunal sobre el tema: "*...la existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implican desconocer la preciosa garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal...*" y que "*...resulta insostenible el agravio del recurrente en cuanto califica de 'objetiva' a la responsabilidad del director técnico en la infracción constatada, y pasible, por ende, de sanción, aun cuando sea cierto que la publicidad hubiera sido dispuesta por otra sección de la empresa, sin conocimiento de di-*

cho profesional. Ello es así, pues tal criterio comporta una interpretación de la presunción legal que es incompatible con el principio según el cual sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente." (Sentencia del 20 de noviembre de 2001 *in re* "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de Medicamentos Alimentos y Tecnología Médica en la causa Abbott Laboratories Argentina Sociedad Anónima s/ infracción ley 16.463", A. 489. XXXIV).

Estimo que no se compadece con tal doctrina lo sostenido por la ANMAT en su recurso –no obstante que el laboratorio había informado que la publicidad cuestionada fue **decisión exclusiva del área de ventas** ante insistentes reclamos de médicos y farmacéuticos– en el sentido de que, dadas las características técnicas del contenido de la publicidad, el profesional sancionado "**inevitablemente** debió participar en su redacción", motivo por el cual, atento a que su **responsabilidad es objetiva**, debe responder por la infracción "...**independientemente** de los hechos que le dan razón y sustento, **por la sola circunstancia** de realizar esta actividad sanitaria es **imposible evadirse** de la misma..." (énfasis agregado), sin alegar y, mucho menos probar, que la conducta del director técnico debía ser declarada reprochable, también, en el orden subjetivo.

– V –

En tales condiciones, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada, con fundamento en la doctrina de V.E. citada precedentemente. Buenos Aires, 2 de julio de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica en la causa Laboratorios Andrómaco S.A. s/ infracción Ley 16.463", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, al que remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Exímese al recurrente del pago del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

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

Recurso de hecho interpuesto por **la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica,** representada por el Dr**. Adrián Ernesto Galli Basualdo.**
Tribunal de origen: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 3.**

LLOYDS TSB BANK PLC v. MERCEDES ALICIA MIRANDA y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que confirmó la decisión que había rechazado el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.441 y, en consecuencia, las excepciones de incompetencia y de litispendencia opuestas por la ejecutada.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Es inadmisible el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.441 en razón de que, frente a lo que resulta de las constancias de la causa y de las normas legales en juego, la recurrente no ha aportado razones que justifiquen una solución distinta de aquella recaída en las instancias anteriores, máxime cuando en materia

de inconstitucionalidad se ha seguido la doctrina del Tribunal sobre las exigencias, la oportunidad y la fundamentación que requiere un planteo de tal naturaleza (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

El planteo de inconstitucionalidad no sólo debe dar cuenta de que la norma impugnada causa agravio, sino que requiere particularmente su demostración en el caso concreto pues, al ser de esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos, no compete a los jueces hacer declaraciones generales abstractas (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 33, inc. a, ap. 5 de la ley 24.946, corresponde dar intervención al Procurador General de la Nación, a fin de que dictamine sobre la cuestión –inconstitucionalidad de la ley 24.441– que, como de naturaleza federal, se invoca en el recurso ante la Corte (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Lloyds TSB Bank PLC c/ Miranda, Mercedes Alicia y otro", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR
DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó la decisión que había rechazado el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.441 y, en consecuencia, las excepciones de incompetencia y de litispendencia opuestas por la ejecutada, la vencida dedujo recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

2°) Que la apelante tacha de inconstitucional el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto por la ley 24.441 pues sostiene que limita su capacidad defensiva, que no existe sentencia que –de conformidad con lo dispuesto por los arts. 163 y 165 del ordenamiento procesal– fije el capital y los intereses adeudados, y que no es cierto que su parte haya sido oída pues, en definitiva, sus defensas fueron rechazadas por no ser las contempladas en el procedimiento ejecutivo cuya constitucionalidad cuestiona.

3°) Que el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.441 resulta inadmisible en razón de que frente a lo que resulta de las constancias de la causa y de las normas legales en juego, la recurrente no ha aportado razones que justifiquen una solución distinta de aquella recaída en las instancias anteriores, máxime cuando en materia de inconstitucionalidad se ha seguido la doctrina del Tribunal sobre las exigencias, la oportunidad y la fundamentación que requiere un planteo de tal naturaleza (Fallos: 312:1599).

4°) Que ello es así pues dicho planteo no sólo debe dar cuenta de que la norma impugnada causa agravio, sino que requiere particularmente su demostración en el caso concreto pues, al ser de esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos, no compete a los jueces hacer declaraciones generales abstractas (Fallos: 325:2600; 326:980 y causa O.89.XXXVII “Ortiz, Francisco y otra c/ Banco Central s/ cobro de australes”, fallada el 1° de junio de 2004 –Fallos: 327:1899–).

5°) Que respecto de las restantes cuestiones planteadas, el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima esta presentación directa y se da por perdido el depósito. Notifíquese y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que a juicio del Tribunal corresponde, con arreglo a lo dispuesto en el art. 33, inc. a, ap. 5 de la ley 24.946, dar intervención al señor Procurador General de la Nación, a fin de que dictamine sobre la cuestión que, como de naturaleza federal, se invoca en el recurso ante esta Corte (Fallos: 316:713).

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso de hecho interpuesto por **Mercedes Alicia Miranda y otros, representados por el Dr. Gustavo Javier Berasaluce,** con el patrocinio del **Dr. Rubén Vicente Alliaud.**
Tribunal de origen: **Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 110.**

RAMIRO REYNALDO TOUBES CONSTRUCCIONES
v. BANCO DE LA NACION ARGENTINA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Término.

Corresponde desestimar el recurso de reposición si la resolución que se sostiene notificada en otra fecha es la que declara que el recurso de revisión intentado no se funda en ninguna de las causales que lo habilitan y no la que decide el fondo de la cuestión, pues, en tanto el plazo para interponer el recurso del art. 14 de la

ley 48 no se suspende ni interrumpe por la deducción de otros declarados improcedentes, no ha mediado error que justifique modificar lo decidido.

RECURSO DE REPOSICION.

Las decisiones de la Corte no son, como principio, susceptibles de reposición (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano y E. Raúl Zaffaroni).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que a fs. 685/697 la demandada pretende la reposición de la sentencia dictada a fs. 669/671, sobre la base de que la notificación a partir de la cual debe computarse el plazo para deducir el recurso ante esta Corte habría sido practicada un día después de la fecha que se asienta a fs. 584 vta. de los autos principales.

Que aun cuando lo expuesto fuese exacto, ello no justificaría la reposición intentada. En efecto, la resolución que sostiene notificada en otra fecha es la que declara que recurso de revisión intentado no se funda en ninguna de las causas que lo habilitan, es decir, que lo considera inadmisible, y no la que decide el fondo de la cuestión; y es doctrina reiterada de esta Corte que el plazo para interponer el recurso del art. 14 de la ley 48 no se suspende ni interrumpe por la deducción de otros declarados improcedentes (Fallos: 323:3919, y sus citas). En consecuencia, no ha mediado error que justifique modificar lo decidido.

Por ello, se desestima el recurso de reposición de fs. 685/697. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ANTONIO BOGGIANO (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON ANTONIO BOGGIANO Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que a fs. 685/697 la demandada pretende la reposición de la sentencia dictada a fs. 669/671. Tal petición resulta improcedente ya que las decisiones de la Corte no son, como principio, susceptibles de reposición (Fallos: 262:34; 266:275; 277:276; 297:543 y 302:1319, entre otros), sin que en el caso se configure algún supuesto excepcional que autorice apartarse de tal doctrina.

Por ello, se desestima la presentación de fs. 685/697. Notifíquese.

CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — E. RAÚL ZAFFARONI.

JORGE RIVAS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de la Constitución Nacional.

Es admisible el recurso extraordinario si los agravios suscitan una cuestión federal que justifica su examen por la vía intentada, pues ponen en tela de juicio la inteligencia que cabe asignar a determinadas cláusulas de la Constitución Nacional –arts. 68, 69 y 70–, así como el planteo de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 25.320, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho invocado por la recurrente con base en esas disposiciones (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad, están inescindiblemente unidos a las cuestiones federales, deben ser tratados conjuntamente.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Si se encuentra en discusión el sometimiento a proceso al que se refieren los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución Nacional, el pronunciamiento que rechaza la

aplicación de tal prerrogativa produce un gravamen actual de imposible reparación ulterior, pues no podrá subsanarse una vez que se ordene la continuidad del proceso contra el legislador.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

La separación institucional de los poderes del Estado en la Argentina, así como la realidad política que los circunda, demuestran que en nuestro país, a diferencia de otros regímenes donde el Parlamento es el órgano estatal preeminente, las previsiones del art. 68 de la Constitución Nacional, destinadas a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, tienen una elevada significación, al extremo de que resulta lícito afirmar que integran el sistema republicano.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

El aseguramiento de la fiel observancia de las previsiones del art. 68 de la Constitución Nacional es deber inexcusable de los jueces, y adquiere un matiz particular y un sentido más hondo cuando se trata de opiniones críticas vinculadas con el manejo de fondos públicos, emitidas por quienes forman parte de la minoría parlamentaria, cuya existencia y libre desenvolvimiento son presupuestos ineludibles del estado democrático.

DIVISION DE LOS PODERES.

El desempeño de los legisladores se vincula –conjuntamente con el cumplimiento de la función legislativa– al ejercicio del control de los actos de gobierno. Todo legislador es, en lo esencial, un control y un contrapeso a los proyectos y a las eventuales exorbitancias del poder administrador.

DIVISION DE LOS PODERES.

El control a cargo de los legisladores se realza por el nuevo sistema que la reforma de 1994 ha incorporado en los contenidos del diseño institucional de la división de poderes en la República (art. 85 de la Constitución Nacional), que ha establecido el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, financieros y operativos, como una atribución propia del Poder Legislativo.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

La inmunidad del art. 68 debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, se ampliaría él con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

El retraimiento del carácter absoluto, mediante el reconocimiento de excepciones a la prohibición del art. 68 de la Constitución Nacional, haría peligrar el aseguramiento del más amplio debate respecto de cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano, y se atentaría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

Corresponde revocar el pronunciamiento que dejó firme la decisión que no había hecho lugar a la excepción de falta de acción deducida con base en el art. 68 de la Constitución Nacional, si las expresiones que se reputaron delictivas no son el fruto de una crítica del querellado efectuada a título personal, escindida del contexto de su función como integrante del Congreso de la Nación, sino que se erigen como un acto consecuente de los numerosos cuestionamientos que el querellado y el bloque que integraba venían efectuando con énfasis y reiteración en el ámbito parlamentario, con respecto a la gestión pública del titular de un organismo cuyas trascendentes atribuciones en el manejo de la cosa pública no pueden ser puestas en tela de juicio.

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

Las opiniones calumniosas o injuriosas proferidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito pero sí pueden comportar desorden de conducta en el ejercicio de la función y son susceptibles de originar sanciones deferidas a la decisión del cuerpo legislativo (art. 66 de la Constitución Nacional), en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en resguardo del decoro de ese cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Cuestión justiciable.

No son materia justiciable las demasías en que pudiera incurrirse al amparo del art. 68 de la Constitución Nacional, pues aquéllas sólo generan responsabilidad en el ámbito propio en el que el legislador ejerce sus funciones (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

A fin de superar la tensión existente entre la inexistencia de responsabilidad penal o civil cuyas consecuencias puedan ser atribuidas a los legisladores a título personal, y la tutela de la dignidad y de la honra que en favor de las personas afectadas por las expresiones de aquéllos reconocen cláusulas de igual rango cons-

titucional, no habría que desechar, sin otro examen, la atribución de responsabilidad patrimonial al Estado Nacional con arreglo a los principios, recaudos y limitaciones que regulan la materia (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

El examen de los dichos del parlamentario debe ser efectuado teniendo en miras el desempeño de su mandato o el ejercicio de sus funciones y no el lugar en que sus opiniones hayan sido emitidas (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

Las previsiones del art. 68 de la Constitución Nacional –que reconoce su fuente inmediata en el proyecto de Alberdi– tienen una elevada significación pues su finalidad no es la de proteger a un miembro del parlamento para su propio beneficio, sino que están destinadas a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones civiles o criminales (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

Los constituyentes de 1853 legislaron acerca de las inmunidades parlamentarias con el designio de garantizar el libre ejercicio de la función legislativa, así como la integridad de uno de los tres poderes del Estado y aun su existencia misma en cuanto órgano gubernamental creado por la Constitución (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

No existe razón, a la luz de los textos constitucionales, para considerar que deba restringirse el discurso político de los legisladores al recinto de la legislatura y sí existen serios fundamentos para afirmar que la inmunidad absoluta de opinión resulta aplicable por dichos vinculados al ejercicio de la función (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

La protección de las opiniones de los legisladores durante su mandato no se deriva de la voluntad de cada legislatura sino de la voluntad del pueblo expresada en la Constitución y ha sido asegurada, no con la intención a los miembros del Poder Legislativo contra persecuciones para su propio beneficio, sino también para respaldar los derechos del pueblo, permitiendo a los representantes ejecutar las funciones de su oficio sin temor a procesos civiles o criminales (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

La inmunidad de opinión se enhebra con el adecuado funcionamiento del sistema representativo y republicano en que se sostiene todo el andamiaje institucional y la protección del representante del pueblo en el desempeño de ese mandato también se origina en el principio de la soberanía popular que ha sido delegada para el ejercicio de sus funciones (art. 33 de la Constitución Nacional) (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

El papel que desempeñan los legisladores alcanza un concepto fundamental del sistema legislativo cual es el deber y el derecho de informar a sus conciudadanos sobre el ejercicio de su mandato. El sistema republicano requiere que el debate sobre las cuestiones públicas no pueda ser cercenado mediante medidas de intimidación que supongan, de algún modo, una restricción al discurso público de los legisladores (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

Es el discurso legislativo mismo y su expresión derivada en el caso a través de su divulgación por los medios de prensa lo que se encuentra protegido por el sistema normativo previsto en la Constitución Nacional y es el poder expresar el resultado de tales investigaciones en el ámbito de la esfera pública lo que se custodia mediante la inmunidad de opinión para que los actos investigados puedan ser sometidos al escrutinio popular (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

El discurso del legislador no está protegido por una prerrogativa exorbitante basada en motivos de mera oportunidad o conveniencia como extensión del ejercicio de la libertad de expresión individual; se encuentra, en cambio, estructurado e interrelacionado con la protección del discurso político de las asambleas representativas de la soberanía popular (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.

La concepción amplia y liberal que dieron los constituyentes de 1853 al discurso parlamentario –entendido éste en su más amplia expresión y que alcanza también las afirmaciones formuladas por los legisladores a la prensa respecto a cometidos inherentes a su función– se compadece con las más modernas estructuras de diseño institucional que han sido incorporadas –mediante diversos mecanismos institucionales– a la Constitución Nacional mediante la reforma de 1994 (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala Segunda de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el recurso de casación y declarar mal concedido el de inconstitucionalidad, interpuestos por la defensa del diputado nacional Jorge Rivas contra la resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, que no hizo lugar a la excepción por falta de acción que, con base en el artículo 68 de la Constitución Nacional, fue planteada ante la querella promovida en su contra por calumnias e injurias (fs. 38/41, 52/55 vta.)

Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1/16), cuya denegación dio lugar a la presente queja (fs. 17 y vta., 19/35 vta.)

– II –

1. Para resolver del modo indicado, la juez federal consideró que la exención de responsabilidad del legislador se encuentra limitada por la relación directa que exista entre las expresiones vertidas y su desempeño funcional, en cuanto la inmunidad tiende a la preservación de la actividad legislativa; y que la propia legislatura estableció un límite al permitir la prosecución de las investigaciones judiciales hasta su total conclusión, mientras no pongan en riesgo la libertad del legislador imputado (ley 25.320), extremos que no se verificarían en el caso.

Abierta la instancia ante la cámara de casación, ésta rechazó el recurso, al considerar que las manifestaciones formuladas por Rivas en un reportaje radial, aparecen vertidas fuera del ámbito y en un contexto ajeno a la labor parlamentaria, conclusión que a su criterio no revierte su alegación de que integraba la Comisión de Derecho Penal de la Cámara de Diputados de la Nación.

En otro orden, el *a quo* también descartó la existencia del supuesto de arbitrariedad, vicio que se atribuyó al fallo del juez federal por

defectos en su fundamentación; y ante el planteo de inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 25.320, recordó que este remedio tiene la calidad de *ultima ratio* del orden jurídico, declarando mal concedido el recurso por carecer de fundamentos adecuados.

Interpuesto el recurso extraordinario contra ese pronunciamiento, la cámara lo declaró inadmisible, al considerar que el fallo no constituye sentencia definitiva a los efectos del artículo 14 de la ley 48, ni resulta equiparable a tal, pues no pone fin al procedimiento ni ocasiona un agravio de imposible reparación ulterior, carencia que no se suple por la invocación de arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales. Agregó, asimismo, que en el caso no fue materia de discusión la inmunidad parlamentaria establecida en la norma fundamental, sino en qué contexto se vertieron las expresiones cuestionadas, circunstancia que remite a la valoración de elementos de prueba, cuestión ajena al recurso extraordinario.

En cuanto a la alegación de "gravedad institucional", el *a quo* entendió que tal supuesto no puede tenerse por acreditado, y atribuyó al recurso la carencia de fundamentación autónoma –artículo 15 de la ley 48– en cuanto impugnó el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

2. El escrito de queja discurre sobre dos líneas de argumentación principales que se sintetizan en el hecho concreto de que un legislador nacional está siendo sometido a un proceso judicial por sus manifestaciones, en contraposición, conforme se alega, con la prerrogativa que consagra el artículo 68 de la Constitución Nacional, y por aplicación de una ley que se tacha por inconstitucional, en la medida en que –siempre según la parte– admite la prosecución del juicio hasta su finalización, sin atender las limitaciones constitucionales previstas –artículos 69 y 70, Constitución Nacional–, de modo tal que esos preceptos aparecen desnaturalizados por vía de la reglamentación.

– III –

En mi opinión, la impugnación se dirige, de adverso a lo postulado por la Cámara Nacional de Casación Penal, contra una sentencia que puede equipararse a una de carácter definitivo, a los fines del recurso extraordinario.

En ese sentido, cabe advertir que la cuestión esencial, conforme el agravio que rescato de la presentación del recurrente, consiste en dilucidar si la indemnidad prevista en el mencionado artículo 68 comprende las expresiones efectuadas en un reportaje radial por el diputado Rivas, de manera que cuanto se concluya al respecto, cierra definitivamente la discusión en este aspecto definitorio de su responsabilidad penal, para lo cual exige un análisis sustancial de la prerrogativa constitucional.

Es que a pesar de haberse resuelto por una vía incidental cuya consecuencia es la obligación de seguir sometido a proceso criminal –resoluciones que, por regla, no reúnen la calidad de sentencia definitiva–, el pronunciamiento se vincula con el ejercicio mismo de la jurisdicción de los tribunales de justicia frente a esta cláusula constitucional tan amplia, en la que el aspecto procesal y fáctico se confunde con la vigencia de la garantía, e implica que, de quedar firme, el apelante no podría hacer valer en el juicio la pretensión de que sus manifestaciones están sustraídas a la revisión judicial.

En resumidas cuentas, la sentencia del *a quo* resuelve un punto regido directamente por la Constitución Nacional, en contra del derecho que en ella se funda, de manera tal que cierra la posibilidad de volver sobre esta cuestión que ha sido sometida a decisión de V.E. como intérprete final de la norma fundamental.

Se trata así de una cuestión federal simple, pues se invoca un derecho supuestamente acordado por la Constitución misma, y la cámara –a la que cabe tener por superior tribunal de la causa, conforme las pautas de Fallos: 313:863; 318:514, considerando 13°, y 319:585– ha resuelto de manera contraria a esa prerrogativa (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

Superados, a mi modo de ver, los óbices procesales, paso al tratamiento de la cuestión propuesta, que debe estudiarse a la luz de los precedentes del Tribunal, mencionando los principios que habrán de guiar mi opinión al respecto.

– IV –

Suma es la relevancia, corresponde destacarlo de inicio, que cabe asignar a las inmunidades de las asambleas legislativas y en particular a la de opinión que se debate en este caso.

Tal reconocimiento encuentra sus primeras bases en la soberanía de la que proceden, y en la finalidad que persiguen en un régimen de separación de los poderes del Estado, esto es, garantizar la independencia funcional de las cámaras del Congreso de la Nación, al extremo de que resulta lícito afirmar que integran el sistema representativo republicano (Fallos: 248:462, con cita del precedente registrado en el tomo 169, pág. 76 de la colección).

En este sentido, el Tribunal tiene establecido desde antiguo, al tratarse la precedencia que cabe a la exención de arresto durante el estado de sitio, que las inmunidades parlamentarias no implican la concesión de beneficios individuales en razón de la persona, sino que "son altos fines políticos los que se ha propuesto (la Constitución), y si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución" (Fallos: 54:432).

Encuéntranse allí explícitos los valores que se infieren del pronunciamiento del Tribunal, cuando en su primera conformación, en el caso que se suscitó por un libelo impreso contra el senador Martín Piñero por opiniones vertidas en el desempeño de su mandato, se dijo que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto; porque si hubiera un medio de violarla impunemente, éste se emplearía con frecuencia por los que intentaren coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio, y frustrada la Constitución en una de sus más sustanciales disposiciones (Fallos: 1:297).

Casi una década después –estaba en juego la posibilidad de iniciar un proceso contra el senador Nicasio Oroño, en épocas de rebelión, durante el gobierno presidido por Sarmiento–, haciéndose eco de lo expuesto por el Procurador General, reafirmó la Corte estas prerrogativas, estableciendo con claridad los dos supuestos comprendidos: "Ninguno de ellos (miembros del Congreso) puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones que emita desempeñando su mandato de legislador (artículo 60), y ningún senador o diputado puede ser arrestado, excepto el caso de ser sorprendido in fraganti (artículo 61)"; fuera de ello tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro ciudadano, están sometidos a las leyes del país y a la jurisdicción de los tribunales (Fallos: 14:223).

Al respecto cabe recordar que al definirse los alcances de estas inmunidades, los constituyentes se apartaron del modelo norteamericano –que sirvió de guía para la adopción del propio–, otorgándoles una mayor dimensión, una más acentuada eficacia protectora, teniendo en cuenta "indudablemente razones peculiares a nuestra propia sociabilidad y motivos de alta política", tal como se desprende de la doctrina del ya citado caso de Alem (Fallos: 54:432).

Reconocida esta singularidad, no parece dudoso que el carácter absoluto de la inmunidad en examen, en atención a su propia naturaleza, es requisito inherente a su concreta eficacia. La atenuación de ese carácter mediante el reconocimiento de excepciones a la prohibición del actual artículo 68, que esta norma no contiene, significaría, presumiblemente, abrir un resquicio por el cual, mediante el argumento de que cabe distinguir entre las opiniones lícitas e ilícitas de un legislador, podría penetrar la acción sojuzgadora, intimidatoria o simplemente perturbadora de otros poderes del Estado o aun de particulares, con desmedro del fin constitucional perseguido (Fallos: 248:462, y, recientemente, C. 1526, L. XXXVI *in re* "Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio", resuelto el 17 de febrero de este año).

En base a estos principios, ineludibles en tanto elaborados por la Corte en su calidad de intérprete final de la Constitución Nacional, es que me permito reafirmar mi opinión, tal como lo sostuve *in re* "Cavallo, Domingo Felipe s/ recurso de casación" (C. 878, L. XXXVII, 18 de septiembre de 2002), relativa al carácter prácticamente absoluto de la irresponsabilidad por las expresiones vertidas en el ámbito parlamentario (doctrina de Fallos: 234:250) y que las personas que ampara no pueden ser molestadas por ninguna vía.

Ya así lo sostenía Soler cuando estuvo al frente de esta casa, para quien esta inmunidad es tan amplia que alcanza al legislador mientras se desempeña como tal y no se extingue cuando pierde ese carácter. Funciona, pues, dentro del ámbito penal, como una especie de circunstancia de inimputabilidad de origen constitucional.

Por eso, escribió el jurista, sería impropio hablar para estos casos de desafuero o prejudicialidad. Sólo caben para tales supuestos la jurisdicción y las sanciones del artículo 59; pero aun en la hipótesis extrema de la remoción o exclusión dispuesta por la misma cámara, la medida no iría más allá de una sanción parlamentaria y en modo al-

guno habilitaría “a posteriori” la instancia judicial (del dictamen publicado en Fallos: 234:250).

Aceptar la posibilidad de que un miembro del Congreso pueda ser sometido a proceso, como en el caso de autos, a fin de que en él sean indagados o interpretados judicialmente sus opiniones y los móviles que lo determinaron, contraría la idea que sobre la división de poderes tuvieron los autores de la Constitución, desde que no es congruente con el reconocimiento a los tribunales de justicia de la facultad de inquirir acerca de los motivos determinantes de la conducta de los legisladores cuando actúan en calidad de tales (conf. Fallos: 248:462, considerando 8°).

Pareja con esta idea ha sido la jurisprudencia del Tribunal al definir los alcances de las inmunidades previstas en los artículos 61 y 62 de la Constitución Nacional –actuales 69 y 70–, ocasiones en las que si bien se estableció que aquéllas no impiden la instrucción de un sumario criminal para investigar la conducta de los legisladores, dejó a salvo de esa regla los casos del artículo 60 –actual 68– (Fallos: 308:2091; 319:3026 y sus citas).

En el mismo sentido se pronunció V.E., bien que en el marco de una contienda de competencia, al distinguir entre las manifestaciones efectuadas con anterioridad a la asunción de una banca de diputado nacional y las realizadas con posterioridad, y respecto de éstas últimas determinar que esos concretos hechos no pueden ser enjuiciados ante los tribunales de justicia, por estricta observancia de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley Fundamental (Fallos: 315:1470 y disidencia del Dr. Augusto César Belluscio en Fallos: 316:1050).

Máxime en este caso en que, según el relato de la cámara de casación, las manifestaciones del diputado se vinculan con el manejo de fondos públicos (se menciona la contratación de un asesor para la presidencia del Banco Central como “retribución de favores”), cuya trascendencia para la vida social, política e institucional ha guiado la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de prensa, en cuanto se trata de no desalentar el libre debate de estos asuntos, y que le confieren a la cuestión examinada un matiz particular y un sentido más hondo, tanto más en cuanto aparecen vertidas por quienes forman parte de la minoría parlamentaria, cuya existencia y libre desenvolvimiento son presupuestos ineludibles del estado democrático (doctrina de Fallos: 248:462).

Es preferible, tal como el Tribunal tiene dicho, tolerar el posible y ocasional exceso de un diputado o de un senador a introducir el peligro de que sea presionada o entorpecida la actividad del Poder Legislativo mediante la inhibición que podría resultar de la posibilidad de que fueran sometidos a acusaciones penales por proferir sus opiniones.

Por último, el efecto exonerador de la responsabilidad penal no implica que las demasías en que pudiera incurrir el legislador sean irreprimibles, pues es resorte del cuerpo legislativo contener las posibles extralimitaciones en resguardo de su decoro e impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado (artículo 66 de la Constitución Nacional); circunstancia que se condice con el régimen específicamente tuitivo de la función legislativa en que se apoyó el pensamiento de quienes lo consagraron.

En resumen, es mi parecer que el carácter amplio y absoluto que cabe asignar a la inmunidad de opinión de los legisladores mientras desempeñan su mandato, impide el enjuiciamiento de Rivas ante los tribunales de justicia –por este hecho concreto y conocido, en principio, en ocasión de sus servicios en la Comisión de Derecho Penal– y sólo podría ser pasible de las sanciones por abuso o desorden de conducta, cuya decisión incumbe al parlamento.

En base al criterio precedentemente expuesto deviene estéril ingresar a las restantes cuestiones planteadas por el recurrente.

– V –

Por todo lo expuesto, es mi opinión que corresponde, abriendo la presente queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el pronunciamiento apelado. Buenos Aires, 11 de mayo de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Jorge Rivas en la causa Rivas, Jorge s/ calumnias –causa N° 4758–”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que Pedro Pou, ex presidente del Banco Central de la República Argentina, promovió querella contra el diputado nacional Jorge Rivas por los delitos de calumnias e injurias, que habrían tenido lugar el 18 de septiembre de 2000, cuando en el marco de un reportaje que se realizaba al legislador en un programa radial emitido por Radio Nacional, expresó que la contratación del licenciado Miguel Angel Ortiz como asesor de la presidencia de aquella entidad no fue más que una retribución de favores por haberse hecho cargo –en beneficio del querellante– de la responsabilidad penal derivada de actos institucionales del Banco Central que se investigaban en la causa registrada bajo el N° 10.249/98, caratulada "Pou, Pedro y otros s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de esta ciudad.

2°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que, al rechazar el recurso de casación y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Jorge Rivas, dejó firme la decisión de la jueza de primera instancia que no había hecho lugar a la excepción de falta de acción deducida con base en el art. 68 de la Constitución Nacional, el querellado interpuso el recurso extraordinario cuya desestimación dio motivo a la presente queja.

3°) Que en la sentencia apelada, el tribunal *a quo* –tras fijar el alcance que cabía acordar a la inmunidad prevista por el art. 68 de la Constitución Nacional– sostuvo que "las expresiones cuestionadas de que hace mérito la querella aparecen vertidas fuera del ámbito y en un contexto ajeno a la labor parlamentaria, sin que por otra parte el argumento que formula la defensa al sostener que su asistido en ese momento integraba la Comisión de Derecho Penal de la Cámara de Diputados tenga vinculación con las manifestaciones formuladas por el legislador en el reportaje radial de referencia".

Por otra parte, descartó la tacha de arbitrariedad dirigida contra el fallo de primera instancia y rechazó, por falta de fundamentación, el planteo de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 25.320.

4°) Que en el recurso extraordinario el querellado señala que en el caso se configura la hipótesis prevista en el art. 14, inc. 3°, de la ley

48, pues la excepción de falta de acción fue fundada en las inmunidades parlamentarias contempladas en los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución Nacional, así como en el planteo de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 25.320, sobre cuya base se dispuso la continuidad del trámite del expediente.

Sostuvo, además, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, que constituía una afirmación dogmática la conclusión de la alzada acerca de que los hechos imputados no guardaban vinculación con la actividad legislativa, que además de invertir la presunción de inocencia soslayaba toda consideración sobre los argumentos invocados por su parte.

5°) Que los agravios del recurrente suscitan una cuestión federal que justifica su examen en la vía intentada, pues ponen en tela de juicio la inteligencia que cabe asignar a determinadas cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho invocado por la recurrente con base en esas disposiciones (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente (doctrina de Fallos: 321:703).

Por otra parte, el fallo apelado es equiparable a sentencia definitiva con arreglo a la doctrina sentada en el precedente de Fallos: 319:585 y reiterada en la causa M.150. XXXVII "Marín, Rubén Hugo c/ Fernández, Pablo Damián", sentencia del 18 de diciembre de 2001, puesto que se encuentra en discusión el sometimiento a proceso al que se refieren los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución Nacional, de modo que el pronunciamiento que rechaza la aplicación de tal prerrogativa produce un gravamen actual de imposible reparación ulterior, pues no podrá subsanarse una vez que se ordene la continuidad del proceso contra el legislador, tal como, en efecto, ha dispuesto la juez de la causa a partir de fs. 298.

6°) Que con arreglo al alcance de los agravios planteados por el recurrente, la cuestión remite a examinar si –en el caso– las expresiones vertidas por el diputado nacional encuentran amparo en la inmunidad de opinión prevista en el art. 68 de la Constitución Nacional y, en su caso, si la prosecución del juicio hasta su finalización por aplicación de la regla prevista en el art. 1° de la ley 25.320 contraría las limitaciones fijadas por los arts. 69 y 70 de la Carta Fundamental.

7°) Que este Tribunal, en fecha reciente, ha examinado nuevamente el contenido de la prerrogativa reconocida en la cláusula constitucional mencionada, oportunidad en que, manteniendo la doctrina sentada en el precedente de Fallos: 248:462, ha enfatizado la necesidad de profundizar la tutela frente a ciertas circunstancias peculiares provenientes de la situación en la cual el legislador había efectuado las expresiones imputadas, como son la índole del bloque legislativo que integra y las materias sobre las que versaron sus opiniones (causa "Cossio, Ricardo Juan", Fallos: 327:138).

Se recordó que la separación institucional de los poderes del Estado en la Argentina, así como la realidad política que los circunda, demuestran que en nuestro país, a diferencia de otros regímenes donde el Parlamento es el órgano estatal preeminente, las previsiones del art. 68 de la Constitución Nacional, destinadas a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, tienen una elevada significación, al extremo de que resulta lícito afirmar que integran el sistema republicano (doctrina de Fallos: 169:76, considerando 4°). Por tanto, el aseguramiento de la fiel observancia de tales previsiones es deber inexcusable de los jueces, que adquiere un matiz particular y un sentido más hondo cuando se trata de opiniones críticas vinculadas con el manejo de fondos públicos, emitidas por quienes forman parte de la minoría parlamentaria, cuya existencia y libre desenvolvimiento son presupuestos ineludibles del estado democrático (doctrina de Fallos: 248:462).

Cabe subrayar, al respecto, que el desempeño de los legisladores se vincula –conjuntamente con el cumplimiento de la función legislativa– al ejercicio del control de los actos de gobierno. Todo legislador es, en lo esencial, un control y un contrapeso a los proyectos y a las eventuales exorbitancias del poder administrador. El sistema de control también se realza por el nuevo sistema que la reforma de 1994 ha incorporado en los contenidos del diseño institucional de la división de poderes en la República (art. 85 de la Constitución Nacional), que ha establecido el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, financieros y operativos, como una atribución propia del Poder Legislativo (Fallos: 327:138 citado precedentemente, voto del juez Maqueda, considerando 25).

8°) Que en dicho precedente también se enfatizó, reiterando lo afirmado en el considerando 7° de Fallos: 248:462, el carácter absoluto de la inmunidad en examen, en atención a su propia naturaleza, como requisito inherente a su concreta eficacia. La atenuación de ese carác-

ter mediante el reconocimiento de excepciones a la prohibición del art. 68, que esta norma no contiene, significaría, presumiblemente, abrir un resquicio por el cual, mediante el argumento de que cabe distinguir entre las opiniones lícitas e ilícitas de un legislador, podría penetrar la acción sojuzgadora, intimidatoria o simplemente perturbadora de otros poderes del Estado o aun de particulares, con desmedro del fin constitucional perseguido. Así lo entendió esta Corte al declarar, en uno de sus primeros pronunciamientos, dictado el 19 de septiembre de 1864, que la inmunidad del art. 68 "debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto; porque si hubiera un medio de violarla impunemente, se ampliaría él con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores" (Fallos: 1:297).

Tampoco puede soslayarse que el retraimiento de ese carácter absoluto, mediante el reconocimiento de excepciones a la prohibición del art. 68, haría peligrar el aseguramiento del más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano. De no ser así, se atentaría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir (Fallos: 327:138 ya citado, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 7°).

Es cierto que el Tribunal ha reconocido que "puede resultar difícil decidir judicialmente si un acto determinado se encuentra o no comprendido dentro de la esfera que la inmunidad abarca", pero también ha afirmado que "toda duda que pudiera existir al respecto, con motivo de la forma en que ha sido concebida la norma constitucional, desaparece si a ésta se la examina a la luz de sus antecedentes y del sistema institucional a que pertenece" (Fallos: 248:462), estableciendo una regla hermenéutica que debe ser rigurosamente seguida por los magistrados del Poder Judicial a fin de evitar que con el sostén conceptual de que aquel examen sólo se trataría de una mera cuestión fáctica, de apreciación, que por su naturaleza está reservada a la discrecionalidad de la jurisdicción a cargo de este poder, se frustre el excepcional alcance que los constituyentes de 1853 asignaron, de modo inequívoco, a la cláusula constitucional en juego a fin de garantizar la independencia funcional del Congreso de la Nación.

9°) Que sobre la base de tales premisas, y con particular referencia a los hechos de la causa, cabe concluir que las expresiones vertidas ante un medio periodístico por Jorge Rivas, en su carácter de legislador nacional, guardan nexo directo con la función legislativa que de-

sempeñaba, y prueba inequívoca de ello son los numerosos proyectos presentados en la Cámara de Diputados relacionados con la gestión de Pedro Pou al frente del Banco Central de la República Argentina (fs. 105/125), como también la serie de denuncias penales efectuadas contra el nombrado por la presunta comisión de delitos de acción pública vinculados con la conducción de dicha entidad pública.

Es decisivo considerar, en el caso, que el legislador y el bloque de diputados que integraba, efectuaron en el ámbito del Congreso de la Nación un seguimiento minucioso de la gestión que, en sus variados aspectos, venía cumpliendo el querellante al frente del organismo estatal bancario, adoptando una postura marcadamente crítica que, además de requerir en más de una oportunidad la remoción de Pou en el cargo (ver especialmente las constancias de fs. 111 y 114 de los autos principales), dio lugar a proyectos de resoluciones para investigar el modo en que el querellante ejerció facultades sancionatorias; a la razón por la cual fue convocado para reglamentar una ley. También hubo proyectos para solicitar informes sobre una demanda que Pou había promovido reclamando inmunidad judicial, o acerca del cumplimiento por parte del querellante de obligaciones legales, o con respecto a la quiebra de diversos bancos, o en relación con declaraciones públicas discriminatorias. Otros proyectos fueron para interpelar al querellante sobre el funcionamiento de entidades financieras, o la reapertura del Banco República, o en cuanto a la situación de ciertas entidades bancarias y a los marcos regulatorios y políticas monetarias en vigencia, o acerca de la situación laboral de trabajadores de un banco, o en lo atinente a la recaudación de ciertos fondos de una cuenta especial. Por otro lado, está igualmente acreditada la participación de Rivas en proyectos de declaraciones de repudio por decisiones tomadas por Pou con respecto a la comisión gremial de la entidad, o a solicitudes del querellante concernientes a excluir de control judicial a ciertas medidas de la entidad.

Estos antecedentes demuestran con patente evidencia que las expresiones que en esta causa se reputan delictivas no son el fruto de una crítica del querellado efectuada a título personal, escindida del contexto de su función como integrante del Congreso de la Nación y del bloque parlamentario correspondiente a una agrupación partidaria perteneciente a la oposición en el momento en que el querellante había sido designado en el cargo, sino, antes bien, se erigen como un acto consecuente de los numerosos cuestionamientos que el querellado y el bloque que integraba venían efectuando con énfasis y reiteración

en el ámbito parlamentario, con respecto a la gestión pública del titular de un organismo cuyas trascendentes atribuciones en el manejo de la cosa pública no pueden ser puestas en tela de juicio.

10) Que, en virtud de ello, no son materia justiciable las demasías en que pudiera incurrirse al amparo del art. 68 de la Constitución Nacional, pues aquéllas sólo generan responsabilidad en el ámbito propio en el que el legislador ejerce sus funciones.

Es que, los posibles abusos –que establece el privilegio– deben ser reprimidos por los mismos legisladores, sin afectar la esencia de aquél. En otras palabras: las opiniones calumniosas o injuriosas proferidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito pero sí pueden comportar "'desorden de conducta en el ejercicio de la función' y son susceptibles de originar sanciones deferidas a la decisión del cuerpo legislativo (art. [66] de la Constitución Nacional), en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en resguardo del decoro de ese cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado" (Fallos: 248:462, considerando 10, reiterado en causa "Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio" (Fallos: 327:138), considerando 14).

11) Que con arreglo a lo expresado, cabe concluir que al soslayar toda consideración sobre constancias de importancia decisiva para resolver el caso, la sentencia apelada ha adoptado dogmáticamente una conclusión que es insostenible y debe ser revocada, pues ese defecto de fundamentación lleva a que el fallo sea frustratorio de la cláusula constitucional en juego al violar de modo directo e inmediato los derechos que el recurrente fundó en la prerrogativa prevista en el art. 68 de la Carta Fundamental.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Devuélvase al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Agréguese la queja al principal. Notifíquese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio (*según su voto*) — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano (*según su voto*) — Juan Carlos Maqueda (*según su voto*) — E. Raúl Zaffaroni (*según su voto*) — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti (*según su voto*) — Carmen M. Argibay.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que Pedro Pou, ex presidente del Banco Central de la República Argentina, promovió querella contra el diputado nacional Jorge Rivas por los delitos de calumnias e injurias, que habrían tenido lugar el 18 de septiembre de 2000, cuando en el marco de un reportaje que se realizaba al legislador en un programa radial emitido por Radio Nacional, expresó que la contratación del licenciado Miguel Angel Ortiz como asesor de la presidencia de aquella entidad no fue más que una retribución de favores por haberse hecho cargo –en beneficio del querellante– de la responsabilidad penal derivada de actos institucionales del Banco Central que se investigaban en la causa registrada bajo el N° 10.249/98, caratulada "Pou, Pedro y otros s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de esta ciudad.

2°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que, al rechazar el recurso de casación y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Jorge Rivas, dejó firme la decisión de la jueza de primera instancia que no había hecho lugar a la excepción de falta de acción deducida con base en el art. 68 de la Constitución Nacional, el querellado interpuso el recurso extraordinario cuya desestimación dio motivo a la presente queja.

3°) Que la cuestión planteada en autos es sustancialmente similar a la decidida en la causa "Cossio, Ricardo Juan" –Fallos: 327:138, votos de la mayoría y concurrente del juez Belluscio–, en la cual quedó reafirmado el carácter amplio y absoluto de la inmunidad parlamentaria establecida en el art. 68 de la Constitución Nacional, que esta Corte ha reconocido desde su instalación y que aparece desconocido en la sentencia apelada.

Por ello y las demás consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal, que el Tribunal comparte, se hace lugar a la queja, 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). Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1° a 9° del voto de la mayoría.

10) Que, en virtud de ello, no son materia justiciable las demasías en que pudiera incurrirse al amparo del art. 68 de la Constitución Nacional, pues aquéllas sólo generan responsabilidad en el ámbito propio en el que el legislador ejerce sus funciones.

Es que, los posibles abusos –que establece el privilegio– deben ser reprimidos por los mismos legisladores, sin afectar la esencia de aquél. En otras palabras: las opiniones calumniosas o injuriosas proferidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito pero sí pueden comportar "'desorden de conducta en el ejercicio de la función' y son susceptibles de originar sanciones deferidas a la decisión del cuerpo legislativo (art. 66 de la Constitución Nacional), en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en resguardo del decoro de ese cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado" (Fallos: 248:462, considerando 10, reiterado en causa "Cossio, Ricardo Juan" –Fallos: 327:138, considerando 14–).

Con mayor rigor aun y en trance de superar la tensión existente entre la inexistencia de responsabilidad penal o civil cuyas consecuencias, sancionatorias o resarcitorias, puedan ser atribuidas a los legisladores a título personal, y la tutela de la dignidad y de la honra que en favor de las personas afectadas por las expresiones de aquéllos reconocen cláusulas de igual rango constitucional, el ámbito de responsabilidad con el alcance enmarcado en el párrafo precedente no

debe ser entendido como una opinión adversa del Tribunal, ni aún por implicancia, con respecto a la existencia de otros remedios en los cuales los damnificados puedan encontrar un cauce apto para obtener la reparación de los daños que invocan como sufridos, entre los cuales no habría que desechar, sin otro examen, la atribución de responsabilidad patrimonial al Estado Nacional con arreglo a los principios, recaudos y limitaciones que regulan la materia, cuestión que por ser extraña al objeto de estas actuaciones fijado en la querella no debe ser considerada ni resuelta por el Tribunal.

11) Que con arreglo a lo expresado, cabe concluir que al soslayar toda consideración sobre constancias de importancia decisiva para resolver el caso, la sentencia apelada ha adoptado dogmáticamente una conclusión que es insostenible y debe ser revocada, pues ese defecto de fundamentación lleva a que el fallo sea frustratorio de la cláusula constitucional en juego al violar de modo directo e inmediato los derechos que el recurrente fundó en la prerrogativa prevista en el art. 68 de la Carta Fundamental.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Devuélvase al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA, DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que Pedro Pou, ex presidente del Banco Central de la República Argentina, promovió querella contra el diputado nacional Jorge Rivas por los delitos de calumnias e injurias, que habrían tenido lugar el 18 de septiembre de 2000, cuando en el marco de un reportaje que se realizaba al legislador en un programa radial emitido por Radio

Nacional, expresó que la contratación del licenciado Miguel Angel Ortiz como asesor de la presidencia de aquella entidad no fue más que una retribución de favores por haberse hecho cargo –en beneficio del querellante– de la responsabilidad penal derivada de actos institucionales del Banco Central que se investigaban en la causa registrada bajo el N° 10.249/98 caratulada "Pou, Pedro y otro s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público", en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de esta ciudad.

2°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que, al rechazar el recurso de casación y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Jorge Rivas, dejó firme la decisión de la jueza de primera instancia que no había hecho lugar a la excepción de falta de acción deducida con base en el art. 68 de la Constitución Nacional, el querellado interpuso el recurso extraordinario cuya desestimación dio motivo a la presente queja.

3°) Que en la sentencia apelada, el tribunal *a quo* –tras fijar el alcance que cabía acordar a la inmunidad prevista por el art. 68 de la Constitución Nacional– sostuvo que "las expresiones cuestionadas de que hace mérito la querella aparecen vertidas fuera del ámbito y en un contexto ajeno a la labor parlamentaria, sin que por otra parte el argumento que formula la defensa al sostener que su asistido en ese momento integraba la Comisión de Derecho Penal de la Cámara de Diputados tenga vinculación con las manifestaciones formuladas por el legislador en el reportaje radial de referencia".

Por otra parte, descartó la tacha de arbitrariedad dirigida contra el fallo de primera instancia y rechazó, por falta de fundamentación, el planteo de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 25.320.

4°) Que en el recurso extraordinario el querellado señala que en el caso se configura la hipótesis prevista en el art. 14, inc. 3°, de la ley 48, pues la excepción de falta de acción fue fundada en las inmunidades parlamentarias contempladas en los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución Nacional, así como en el planteo de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 25.320, sobre cuya base se dispuso la continuidad del trámite del expediente.

Sostuvo, además, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, que constituía una afirmación dogmática la conclusión de la al-

zada acerca de que los hechos imputados no guardaban vinculación con la actividad legislativa, que además de invertir la presunción de inocencia soslayaba toda consideración sobre los argumentos invocados por su parte.

5°) Que los agravios del recurrente suscitan una cuestión federal que justifica su examen en la vía intentada, pues ponen en tela de juicio la inteligencia que cabe asignar a determinadas cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho invocado por la recurrente con base en esas disposiciones (art. 14, inc. 3°, de la ley 48), los agravios fundados en la tacha de arbitrariedad, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente (doctrina de Fallos: 321:703).

Por otra parte, el fallo apelado es equiparable a sentencia definitiva con arreglo a la doctrina sentada en el precedente de Fallos: 319:585 y reiterada en la causa M.150 XXXVII "Marín, Rubén Hugo c/ Fernández, Pablo Damián", sentencia del 18 de diciembre de 2001, puesto que se encuentra en discusión el sometimiento a proceso al que se refieren los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución Nacional, de modo que el pronunciamiento que rechaza la aplicación de tal prerrogativa produce un gravamen actual de imposible reparación ulterior, pues no podrá subsanarse una vez que se ordene la continuidad del proceso contra el legislador, tal como, en efecto, ha dispuesto la juez en la causa a partir de fs. 298.

6°) Que, en primer lugar, corresponde delimitar con precisión el objeto de la *litis* a fin de verificar si la interpretación del art. 68 de la Constitución Nacional en lo que se refiere a las opiniones o los discursos que se efectúan en el desempeño del mandato del legislador, confería inmunidad de opinión a las manifestaciones efectuadas por Rivas en un programa radial.

7°) Que el actor sostiene concretamente que en el marco de un reportaje, el demandado le había imputado haber deslindado en Miguel Angel Ortiz su responsabilidad respecto de ciertas decisiones tomadas en el Banco Central de la República Argentina y haber utilizado ilegítimamente los recursos puestos bajo su administración "para comprar su impunidad". Asimismo, señaló que el magistrado instructor había procesado a quienes formaban el directorio del Banco Cen-

tral de la República Argentina entre finales de 1997 y mediados de 1998 por los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público y abuso de autoridad y que la cámara revocó parcialmente el fallo confirmando únicamente el procesamiento del mencionado Ortiz.

8°) Que el legislador y el bloque de diputados que integraba, efectuaron en el ámbito del Congreso de la Nación un seguimiento minucioso de la gestión que, en sus variados aspectos, venía cumpliendo el querellante al frente del organismo estatal bancario, adoptando una postura marcadamente crítica que, además de requerir en más de una oportunidad la remoción de Pou en el cargo (ver especialmente las constancias de fs. 111 y 114 de los autos principales), dio lugar a proyectos de resoluciones para investigar el modo en que el querellante había ejercido facultades sancionatorias. También hubo proyectos para solicitar informes sobre una demanda que Pou había promovido reclamando inmunidad judicial, o acerca del cumplimiento por parte del querellante de obligaciones legales, o con respecto a la quiebra de diversos bancos, o en relación con declaraciones públicas discriminatorias. Otros proyectos fueron presentados para interpelar al querellante sobre el funcionamiento de entidades financieras, o la reapertura del Banco República, o en cuanto a la situación de ciertas entidades bancarias y a los marcos regulatorios y políticas monetarias en vigencia, o acerca de la situación laboral de trabajadores de un banco, o en lo atinente a la recaudación de ciertos fondos de una cuenta especial. Por otro lado, está igualmente acreditada la participación de Rivas en proyectos de declaraciones de repudio por decisiones tomadas por Pou con respecto a la comisión gremial de la entidad, o a solicitudes del querellante concernientes a excluir de control judicial a ciertas medidas de la entidad.

9°) Que resulta claro entonces que las declaraciones efectuadas por el diputado Rivas en el marco de un reportaje emitido por Radio Nacional –que originaron la demanda del actor– se refieren a la investigación de ilícitos que se habrían producido cuando Pedro Pou se desempeñaba como presidente del Banco Central de la República Argentina. El alcance del examen que se realizará en el presente pronunciamiento quedará, entonces, limitado a la determinación del alcance de la protección de las manifestaciones vertidas por los legisladores en el desempeño de sus cargos en cuestiones relativas a materias que se encontraban sujetas al debate, examen y control del Poder Legislativo.

10) Que la tradición constitucional nacional –desde sus primeros proyectos– ha dado particular relevancia a la inmunidad de opinión de los legisladores con un alcance distinto a otros sistemas institucionales. En tal sentido el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata del 27 de enero de 1813 disponía en su art. 68 que "Ningún Senador o representante será molestado por opiniones, discursos o debates que haya sostenido en el ejercicio de su Comisión" y el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica del mismo año señalaba en su art. 120 que "Ninguno del Cuerpo legislativo puede ser juzgado ni acusado por las opiniones particulares que sostuviese por escrito o de palabra durante el ejercicio de sus funciones" (María Laura San Martino de Dromi, Documentos Constitucionales Argentinos, Madrid, Ed. Ciudad Argentina, 1994, págs. 2067 y 2132 respectivamente).

Con una visión restrictiva el decreto de inviolabilidad de los diputados del 10 de marzo de 1813 prescribía que "los Diputados que componen la Asamblea General Constituyente de las provincias unidas del Río de la Plata; no pueden ser acusados, perseguidos, ni juzgados en tiempo alguno por las opiniones que verbalmente, o por escrito hayan manifestado en las sesiones de la Asamblea". El art. 27 de la Constitución de 1819 disponía que "los Senadores y Representantes por sus opiniones, discursos o debates en una u otra sala no podrán ser molestados en ningún lugar" y el art. 35 de la Constitución de 1826 prescribía que "los senadores, y representantes, jamás serán responsables por sus opiniones, discursos, o debates".

Frente a estas dos posiciones, Juan B. Alberdi optó por la más liberal a favor de la inmunidad de expresión funcional de los integrantes del cuerpo legislativo. Efectivamente, el art. 41 de su proyecto disponía que "El orador es inviolable, la tribuna es libre; ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador" (Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina en Obras Selectas, Buenos Aires, La Facultad, 1920, T. X, pág. 282).

11) Que esa práctica constitucional se sustentaba en el sistema establecido por los revolucionarios franceses para proteger a la representación de la soberanía nacional como fundamento de toda su organización institucional. La ley del 23 de junio de 1789 emanada de la

Asamblea Nacional dispuso que “La Asamblea Nacional declara que la persona de cada diputado es inviolable; que todos los particulares, todas las corporaciones, tribunal, corte o comisión que osasen, durante o después de la presente sesión, perseguir, investigar, arrestar o hacer arrestar, detener o hacer detener, a un diputado, por razones de algunas propuestas, consejos, opiniones o discursos hechos por él a los Estados Generales... son infames y traidores hacia la Nación, y culpables de crimen capital”. La Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791 separó esa disposición de los discursos parlamentarios al disponer en el Tit. III, Cap. I, Sec. V, art. 7 que “los representantes de la Nación son inviolables: ellos no podrán ser investigados, acusados ni juzgados en tiempo alguno por aquello que hubieren dicho, escrito o hecho en ejercicio de sus funciones de representantes” y en el mismo sentido el Plan de constitución presentado a la Convención Nacional el 15 y 16 de febrero de 1793 (Constitución girondina) en su sección I, art. 13 y la Constitución del 22 de agosto de 1795 en su art. 110 (León Duguit y Henry Monnier, Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, 4ª. ed., París, Librarie genérale de droit et jurisprudence, 1925, págs. 12, 52 y 110 respectivamente).

12) Que, por consiguiente, el examen de los dichos del parlamentario debe ser efectuado teniendo en miras el desempeño de su mandato o el ejercicio de sus funciones y no el lugar en que sus opiniones hayan sido emitidas. Tal criterio de interpretación se evidencia desde los comienzos de la vida independiente de la República Argentina hasta el prólogo mismo de la elaboración de la Constitución Nacional en cuanto supone una protección más robusta que la que surge del sistema normativo anglosajón que se limita a custodiar que la libertad de palabra y los debates o los procedimientos en el Parlamento no deban ser juzgados o cuestionados “en cualquier corte o lugar fuera del Parlamento” (conf. Declaración de Derechos inglesa de 1689) o que los senadores o representantes no puedan ser cuestionados en cualquier otro lugar “con motivo de cualquier discusión o debate en una de las Cámaras” (art. I, sec. 6 de la Constitución de los Estados Unidos de América).

Se presentaba en estos términos un sesgo cada vez más favorable en esa tradición a la protección de la inmunidad de opinión de los legisladores que concluye en la sanción de la Constitución de 1853 en la cual los constituyentes establecieron una prerrogativa que se ha desvinculado claramente de toda unión con su emisión en el recinto del Congreso para trasladarse a la protección del ejercicio mismo de

la labor del mandatario. La prerrogativa se convirtió en funcional al sagrado ejercicio de la representación de la voluntad popular y se encuentra desvinculado del ámbito espacial en que las opiniones hayan sido vertidas por los legisladores.

13) Que, en efecto, las previsiones del art. 60 (actualmente art. 68) de la Constitución Nacional –que reconoce su fuente inmediata en el proyecto de Alberdi– tienen una elevada significación pues su finalidad no es la de proteger a un miembro del parlamento para su propio beneficio, sino que están destinadas a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones civiles o criminales (conf. doctrina de Fallos: 315:1470, considerando 6°). Agüero destacaba en las sesiones del Congreso General Constituyente de 1824-1827 que "es sabido que los representantes en esta clase de cuerpos no son responsables ante nadie de sus opiniones, ya que ellos tienen una libertad completa, y no otra responsabilidad que la de la opinión respecto de sus conciudadanos si obran bien, y de la execración si obran mal" (Emilio Ravignani, Asambleas Constituyentes Argentinas, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires, 1937, T. I, pág. 1143).

14) Que en razón de dichas circunstancias esta Corte ha señalado en Fallos: 248:462 que toda duda que pudiera existir al respecto, con motivo de la forma en que ha sido concebida la norma constitucional, desaparece si a ésta se la examina a la luz de sus antecedentes y del sistema institucional a que pertenece. Cabe recordar, sobre el punto, que los constituyentes de 1853 legislaron acerca de las inmunidades parlamentarias con el designio de garantizar el libre ejercicio de la función legislativa, así como la integridad de uno de los tres poderes del Estado y aun su existencia misma en cuanto órgano gubernamental creado por la Constitución (Fallos: 54:432). Y, al definir el ámbito de esas inmunidades se apartaron del modelo que principalmente habían tenido en vista y les reconocieron una dimensión mayor, una más acentuada eficacia protectora, tomando en cuenta "razones peculiares a nuestra propia sociabilidad y motivos de alta política" (Fallos: 54:432, 460).

15) Que los mismos principios que sostienen la impunidad absoluta de lo que se emite en el seno del Congreso (conf. jurisprudencia de esta Corte y lo decidido también por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los casos Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168

(1880); United States v. Johnson 383 U.S. 169 (1966); United States v. Brewster 408 U.S. 501 (1972); Gravel v. United States 408 U.S. 606 (1972); Doe v. McMillan 412 U.S. 306 (1973) y Hutchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111 (1979); se aplican –en un ámbito más extenso– a las opiniones emitidas por los legisladores a distintos medios de prensa referentes a su desempeño como mandatarios de sus electores. No existe razón, a la luz de los textos constitucionales, para considerar que deba restringirse el discurso político de los legisladores al recinto de la legislatura y sí existen serios fundamentos para afirmar que la inmunidad absoluta de opinión también resulta aplicable al *sub examine* por dichos vinculados al ejercicio de la función.

16) Que, por otro lado, corresponde destacar que la protección de las opiniones de los legisladores durante su mandato exceden de la función expresiva de los individuos que conforman el Poder Legislativo. Desde luego que el debate en el marco de las actividades legislativas presupone la posibilidad de manifestar las opiniones sin temores a eventuales demandas. Esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se emplearía con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio y frustrada la Constitución en una de sus más substanciales disposiciones (Fallos: 1:297). En efecto, estas prerrogativas no se derivan de la voluntad de cada legislatura sino de la voluntad del pueblo expresada en la constitución y han sido asegurados, no con la intención a los miembros del Poder Legislativo contra persecuciones para su propio beneficio, sino también para respaldar los derechos del pueblo, permitiendo a los representantes ejecutar las funciones de su oficio sin temor a procesos civiles o criminales (conf. sentencia dictada por la Corte Suprema de Massachussets en la causa Coffin v. Coffin 4 Mass. 1, 27 (1803) al interpretar una norma estadual similar al texto constitucional y que también ha sido citada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en Kilbourn v. Thompson, 103 U.S. 168 (1880); United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979) y Spallone v. United States 493 U.S. 265 (1990), entre otros).

17) Que restringir esa inmunidad de opinión al ejercicio de la libertad individual de los legisladores supone una indebida restricción de los alcances del texto constitucional. Los orígenes históricos del texto –fundado en la unión de las tradiciones anglosajona, francesa e hispanoamericana–, la interpretación literal de su texto mucho más amplio que el de la Constitución de los Estados Unidos de América y

la aplicación por esta Corte con un espíritu liberal desde hace más de un siglo revelan que no es posible que se considere su aplicación a partir de una perspectiva exclusivamente basada en la protección del derecho individual de cada uno de los legisladores a expresar libremente sus ideas en el recinto del Congreso Nacional.

18) Que la precedente consideración resulta de relevancia en el *sub examine* porque permite advertir que la interpretación de dicha norma constitucional –a pesar de lo señalado en la sentencia recurrida– da sustento al planteo del recurso extraordinario en el sentido de que la actividad del diputado Rivas no queda enmarcada exclusivamente en el ejercicio individual de la libertad de expresión que afecte el derecho a la libertad de expresión y al honor y a la dignidad de las personas.

19) Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que la inmunidad de opinión fuera del recinto del Congreso también se integra esencialmente con el rol que le cabe al Poder Legislativo en el ordenamiento institucional previsto por la Constitución Nacional de 1853 que recoge la idea persistente en nuestra historia constitucional que confiere particular relevancia al mandato de los legisladores como mecanismo de protección del Poder Legislativo.

20) Que la inmunidad de opinión se enhebra, en consecuencia, con el adecuado funcionamiento del sistema representativo y republicano en que se sostiene todo el andamiaje institucional y la protección del representante del pueblo en el desempeño de ese mandato también se origina en el principio de la soberanía popular que ha sido delegada para el ejercicio de sus funciones (conf. art. 33 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la inmunidad de los legisladores no es una prerrogativa que contemple las personas sino las instituciones y el libre ejercicio de los poderes y que por lo tanto, está dentro de la concepción argentina del sistema representativo republicano (conf. doctrina de Fallos: 169:76, considerando 4°). En cambio, si se intenta responsabilizar al legislador por opiniones vertidas en el desempeño de su cargo corresponde el rechazo *in limine* de la querella (conf. doctrina de Fallos: 135:250) o, en su caso, la admisión de la excepción de inmunidad de jurisdicción como dispuso la alzada.

21) Que, asimismo, el papel que desempeñan los legisladores va más allá de esa función expresiva porque alcanza un concepto fundamental del sistema legislativo cual es el deber y el derecho de infor-

mar a sus conciudadanos sobre el ejercicio de su mandato. El sistema republicano requiere que el debate sobre las cuestiones públicas no pueda ser cercenado mediante medidas de intimidación que supongan, de algún modo, una restricción al discurso público de los legisladores. Ello no obsta, desde luego, a que la protección de los legisladores respecto a su inmunidad de arresto sea examinada desde una posición que contemple que en estos supuestos no existe la inmunidad absoluta que se presenta en el supuesto del art. 68 de la Constitución Nacional.

22) Que el debate legislativo también requiere de la protección absoluta que concede el art. 68 de la Constitución Nacional para que pueda ejercerse una seria y amplia deliberación sobre las razones y planteos referentes al ejercicio de este mandato que, naturalmente, no queda limitado al debate mismo sino que también alcanza a las manifestaciones de los legisladores ante la prensa. Resulta evidente que la voluntad de los constituyentes ha sido la de ampliar la discusión fuera del marco del recinto del Congreso y, por consiguiente, lograr la inmunidad de los legisladores para estos aspectos relacionados con el ejercicio del mandato mismo.

23) Que el desempeño de los legisladores se vincula –conjuntamente con el ejercicio de su función legislativa– al ejercicio del control de los actos de gobierno. Todo legislador es, en lo esencial, un control y un contrapeso a los proyectos y a las eventuales exorbitancias del poder administrador. El sistema de control también se realza por el art. 85 de la Constitución Nacional (según Reforma Constitucional de 1994) que ha establecido el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, financieros y operativos como una atribución propia del Poder Legislativo. Gobierno y control parecen ser las dos vertientes del análisis funcional del Estado. El gobierno es siempre poder de impulsión y dirección: los órganos que colaboran con él sólo ejercen una función de control, que significa poder de influir o impedir, pero no de decidir ni impulsar. La primera de estas funciones corresponde al Ejecutivo, la segunda a la actuación de los demás organismos del gobierno (César Enrique Romero, Derecho Constitucional, Buenos Aires, Zavalía Ed., 1975, T. I, pág. 218). No debe olvidarse que la finalidad de la Constitución escrita es limitar la concentración del poder absoluto en manos de un único titular, al distribuir las diferentes funciones estatales entre varios titulares del poder. Dado que estos diversos órganos estatales se distribuyen el ejercicio del poder, se ven obligados constitucionalmente a cooperar en la formación

de la voluntad estatal. Si está distribuido y ejercido conjuntamente, el poder está, al mismo tiempo, limitado y controlado (Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, pág. 232).

24) Que precisamente el alcance del art. 68 de la Constitución Nacional atañe también al poder de investigación del Congreso, aspecto que resulta esencial para comprender el modo en que las legislaturas modernas desempeñan sus funciones (ver voto concurrente de los jueces Marshall, Brennan y Stewart en Eastland v. United States Servicemen's Fund 421 U.S. 491, 515 (1975)). Lo que está en juego en este tipo de casos es el derecho de un representante electo de informar y del pueblo a ser informado sobre materias directamente relativas a las labores del gobierno. El objetivo originario de la representación en las Cortes británicas consistía en prevenir que la Corona y sus subordinados actuaran arbitrariamente, sin asegurarse del consentimiento de los representantes del pueblo (Jack Rakove, Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution, New York, Vintage Books, 1997, pág. 209) y se consideraba que existían tres funciones básicas del Parlamento; como poder legislativo en la creación de las leyes, como poder judicial al actuar como la más Alta Corte del reino y de investigación entre las cuales se estimaba que se incluía la inquisición acerca de materias de estado, mala administración y castigo de la conducta de los ministros reales (Robert. J. Reinstein y Harvey A. Silverglate, Legislative privilege and the separation of powers, 86 Harvard Law Review 1113, 1132 [1973]).

25) Que John Stuart Mill ya había señalado que "la verdadera misión de una Asamblea representativa es vigilar e intervenir en el Gobierno; poner a luz todos sus actos; exigir su exposición, y justificación, cuando le parezca oportuno; condenarlos, si son censurables, arrojar de su puesto a los hombres que compongan el Gobierno si abusan de su empleo o lo ven contrariamente a la voluntad manifiesta de la nación, y nombrar a sus sucesores... Además el Parlamento está investido de otra función que, por su importancia, no cede a la anterior, y es el de ser a la vez un Comité de agravios y un Congreso de las opiniones para la nación. El Parlamento es la arena donde, no sólo la opinión general del país, sino la de los diversos partidos en que se divide, y, en lo posible, la de todos los individuos eminentes que encierra, pueda producirse y provocar la discusión. Cada ciudadano está seguro allí, alguno que exponga su opinión, tan bien o mejor que él pudiera hacerlo, y no simplemente a amigos y partidarios, sino también a adversarios políticos, con lo que sufrirá la prueba de la contro-

versia. Allí todas las opiniones en minoría tienen la íntima satisfacción de haber sido oídas y rechazadas, no por un capricho arbitrario, sino por razones reputadas superiores, y como tales estimadas por los representantes de la mayoría del país" (Del Gobierno representativo, Madrid, Ed. Tecnos, 2ª ed., 1994, Cap. V, pág. 65).

26) Que Woodrow Wilson destacó este rol de los parlamentos al señalar que es el deber propio de un cuerpo representativo el considerar diligentemente a todo asunto del gobierno y debatir sobre lo que advierte. Está destinado a ser los ojos y la voz, y a corporizar la sabiduría y voluntad de sus mandantes. A menos que el Congreso tenga y utilice todos los instrumentos para tomar conocimiento de los actos y la disposición de los agentes administrativos del gobierno, el país deberá encontrarse impotente para aprender cómo es servido; y a menos que el Congreso examine estos temas y los tamice por toda forma de discusión, el país permanecerá en la ignorancia embarazosa y mutilada de los asuntos respecto de los cuales es más importante que él entienda y dirija. La función informativa del Congreso debería ser preferida incluso a su función legislativa (Woodrow Wilson, Congressional Government, 1885, pág. 303; citada en nota 6 de Tenney v. Brandhove, 341 U.S. 367, [1951]).

27) Que la misma noción de la libertad de expresión de los ciudadanos se ha originado en una tradición más antigua, enraizada en la Declaración de Derechos inglesa que establecía la inmunidad para la prosecución del discurso legislativo (Luther Stearns Cushing, Elementos de la ley y práctica de las asambleas legislativas en los Estados Unidos de América, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1886, T. I, pág. 269, N° 603 y Akhil Reed Amar, The Bill of Rights, New Haven, Yale University Press, 1998, pág. 24). Es el discurso legislativo mismo y su expresión derivada en el caso a través de su divulgación por los medios de prensa lo que se encuentra protegido por el sistema normativo previsto en la Constitución Nacional y es el poder expresar el resultado de tales investigaciones en el ámbito de la esfera pública lo que también se custodia mediante la inmunidad de opinión para que los actos investigados puedan ser sometidos al escrutinio popular.

28) Que, por consiguiente, el discurso del legislador no está protegido por una prerrogativa exorbitante basada en motivos de mera oportunidad o conveniencia como extensión del ejercicio de la libertad de expresión individual; se encuentra, en cambio, estructurado e

interrelacionado con la protección del discurso político de las asambleas representativas de la soberanía popular. El ejercicio de esta representación popular se convertiría en letra muerta en las sociedades modernas si pudiera admitirse que la expresión del legislador en el recinto o fuera de él se encontrara amenazada por la multiplicidad de hipotéticas demandas por personas afectadas en su honor o dignidad por los dichos de los parlamentarios.

29) Que la protección de este discurso político ha sido contemplado en nuestro texto constitucional que ha disociado la libertad de expresión con el discurso parlamentario y que lo ha relacionado con el ejercicio del mandato legislativo. Postular que existen actos de este tenor que no se encuentran custodiados por haber sido efectuados fuera del Congreso –como sostiene la Corte estadounidense en United States v. Brewster 408 U.S.. 501 (1972)– supone pasar por alto tanto el preciso texto del art. 68 como desmembrar la relación que ineludiblemente debe existir entre los parlamentarios y la prensa para cumplir fielmente el deber de información y de control que corresponde a los legisladores en el mundo actual.

30) Que, en efecto, la actividad de los representantes de la soberanía popular también queda vinculada a un procedimiento de deliberación pública que resulta esencial para el ejercicio de las funciones legislativas. La inmunidad de opinión sostiene ese sistema deliberativo que permite que los ciudadanos accedan al conocimiento de cuestiones –a través de los medios de prensa– que afectan al sistema todo. El planteo del apelante representa una indebida restricción al ejercicio del privilegiado derecho a la libre expresión de los legisladores que podrían encontrarse sujetos a una especie de autocensura por temor a las eventuales responsabilidades en el fuero civil.

31) Que la libre expresión del legislador busca tanto la protección del rol que se desempeña en el debate como la custodia de un bien más amplio cual es la posibilidad de que el resto de la ciudadanía acceda al conocimiento de cuestiones que podrían quedar limitadas a ese debate o al aún más restrictivo marco de las comisiones parlamentarias. Los ciudadanos deben poder acceder –mediante los medios masivos de comunicación– al ejercicio irrestricto de esas funciones que corresponden al legislador. La visión de los constituyentes de 1853 fue premonitoria en cuanto protegió al representante popular para el cumplimiento de esas funciones de información, control, debate y deliberación.

32) Que en tal sentido ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos (Castells v. Spain del 23 de abril de 1992) que si bien la libertad de expresión es importante para todos, lo es especialmente para un representante elegido por el pueblo. El representa al electorado, atrae la atención a sus preocupaciones y defiende sus intereses. De acuerdo con estas premisas las interferencias con la libertad de expresión de un miembro de la oposición en el Parlamento, como se presentaba en aquel caso requiere del máximo escrutinio por parte de la Corte para impedir la afectación de tal derecho (conf. considerando 42).

33) Que la protección que confiere el art. 68 de la Constitución Nacional procura, además, crear un espacio de deliberación pública protegido de eventuales presiones del sistema burocrático o de grandes poderes económicos para que el legislador cumpla su mandato de un modo independiente. No se trata entonces de un derecho que vaya en contra del sistema democrático como privilegio personal sino que es una prerrogativa de los legisladores que es una forma de custodia de la democracia misma para asentar la voluntad popular con independencia de otros factores que puedan intervenir en la libre expresión del representante de la soberanía popular. Se trata en términos de Julio Oyhanarte de dar valor a la "insólita amplitud literal de nuestra Constitución" (Las inmunidades parlamentarias, La Ley T. 51-1072).

34) Que esa inmunidad de opinión resulta esencial para el principio parlamentario conforme al que se establecen cuerpos representativos encargados de deliberar y tomar acuerdos con el principio de pluralismo político y la necesidad de complementar la formación de la opinión y la voluntad parlamentaria con la concurrencia de los partidos políticos mediante una formación informal de la opinión en el espacio de la opinión pública política que quede abierta a todos los ciudadanos. En consecuencia, sólo el principio de garantía de espacios públicos autónomos y el principio de la competencia entre partidos agotan, junto con el principio parlamentario, el contenido del principio de soberanía popular (Jürgen Habermas, Facticidad y validez, Madrid, Ed. Trotta, 1998, pág. 239).

35) Que las legislaturas modernas no sólo responden mediante un proceso formal de votación a los desacuerdos existentes en la sociedad, también internalizan esos desacuerdos. Por consiguiente, es importante que la legislación surja también de un proceso deliberativo

con el compromiso de que se consideren en el debate todas las perspectivas que puedan razonablemente considerarse como competitivas en cualquier propuesta a consideración. Estas legislaturas modernas están estructuradas para asegurar este propósito, con reglas acerca de la representación de las partes y de los intereses y localidades, con reglas acerca de audiencias públicas, reglas sobre enmiendas y reglas sobre votación. (Jeremy Waldron, Law and Disagreement, Oxford, Oxford University Press, 2001, pág. 40). Es que el Parlamento tiene ahora un doble papel primordial, de gran valor democrático. Puede ser un centro de gestación de dirigentes políticos y asimismo es un escenario que existe para que el sector legislativo del gobierno concurra a él y "dé la cara" ante el país y se someta al control de la minoría, como acto previo a la vigencia de las normas. A su turno, la minoría también comparece, pero no tanto para legislar, sino más bien para hacerse oír, para debatir, criticar, disentir, denunciar, investigar, ilustrar a la opinión pública, mostrar cuál es la *politique de rechange* y ejercer su derecho a convertirse en mayoría (Julio Oyhanarte, Poder político y cambio estructural en la Argentina, Paidós, 1969, pág. 81).

36) Que de lo dicho se advierte que la concepción amplia y liberal que dieron los constituyentes de 1853 al discurso parlamentario –entendido éste en su más amplia expresión y que alcanza también las afirmaciones formuladas por los legisladores a la prensa respecto a cometidos inherentes a su función– se compadece con las más modernas estructuras de diseño institucional que han sido incorporadas –mediante diversos mecanismos institucionales– a la Constitución Nacional mediante la reforma de 1994.

37) Que, de acuerdo con lo expresado, el principio de inmunidad de opinión de los legisladores lleva incorporado un contenido que va mucho más allá que la mera prerrogativa de la libre expresión del representante popular enfrentado al honor del demandante. El sistema interamericano de protección de derechos humanos reseñado en el recurso extraordinario se vería desvirtuado en sus objetivos de fortalecimiento del sistema democrático de los diversos países que lo componen si la cuestión del examen del caso se limitara a una dualidad simplificadora entre la expresión de la opinión personal del legislador y la custodia de la honra individual del demandante. La protección absoluta que confiere el art. 68 de la Constitución Nacional a la expresión del legislador sobre un aspecto de interés público en reportajes dados a la prensa se estructura en el sistema de democracia repre-

sentativa sobre el que se asienta todo el andamiaje institucional de la República Argentina.

38) Que, por ende, la interpretación realizada por el *a quo* respecto de las expresiones formuladas en un reportaje por el diputado Rivas no se ajusta estrictamente al marco de protección del mandato del legislador encontrándose protegidas por la inmunidad absoluta prevista por el art. 68 de la Constitución Nacional sin que resulte del análisis formulado en la presente sentencia que tales afirmaciones alteren el sistema de protección de derechos individuales previsto en los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna.

39) Que, por consiguiente, los antecedentes reseñados examinados a la luz de la interpretación que corresponde conferir al art. 68 de la Constitución Nacional demuestran con patente evidencia que las expresiones que en esta causa se reputan delictivas no son el fruto de una crítica del querellado efectuada a título personal, escindida del contexto de su función como integrante del Congreso de la Nación y del bloque parlamentario correspondiente a una agrupación partidaria perteneciente a la oposición en el momento en que el querellante había sido designado en el cargo, sino, antes bien, se erigen como un acto consecuente de los numerosos cuestionamientos que el querellado y el bloque que integraba venían efectuando con énfasis y reiteración en el ámbito parlamentario, con respecto a la gestión pública del titular de un organismo cuyas trascendentes atribuciones en el manejo de la cosa pública no pueden ser puestas en tela de juicio.

40) Que con arreglo a lo expresado, cabe concluir que al soslayar toda consideración sobre constancias de importancia decisiva para resolver el caso, la sentencia apelada ha adoptado dogmáticamente una conclusión que es insostenible y debe ser revocada, pues ese defecto de fundamentación lleva a que el fallo sea frustratorio de la garantía constitucional en juego al violar de modo directo e inmediato los derechos que el recurrente fundó en la prerrogativa prevista en el art. 68 de la Carta Fundamental.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Devuélvase al

tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Agréguese la queja al principal. Notifíquese.

JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de hecho interpuesto por **Jorge Rivas, representado por los Dres. Mario F. Ganora y Rosalía L. Magrini.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Comercial y Correccional Federal N° 1.**

RESINAS NATURALES S.A.I.C. Y C.
v. YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento que modificó los honorarios regulados en primera instancia y determinó los correspondientes a la segunda instancia.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.

La determinación del monto del litigio no suscita un caso de arbitrariedad que justifique la intervención de la Corte en una materia ajena –como principio– a su competencia extraordinaria, máxime si el tribunal apelado expresó las razones en las cuales basó su consideración de los diferentes rubros para obtener tal base económica, y citó normativa y jurisprudencia aplicables, por lo que los agravios planteados solamente muestran la personal discrepancia de los apelantes con la regulación efectuada (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

HONORARIOS: Regulación.

La incorporación de los intereses a la base regulatoria resulta procedente únicamente en la hipótesis de admisión de la demanda, pero no cuando se la rechaza (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Costas y honorarios.

Si bien lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye materia ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ello si el tribunal se ha apartado del valor económico en juego sobre la base de meras afirmaciones dogmáticas y ha soslayado las normas aplicables al caso, afectando la justa retribución de los letrados y privándolos de derechos definitivamente incorporados a su patrimonio como consecuencia de las tareas realizadas (Disidencias de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.

Es descalificable el pronunciamiento que –al establecer el monto del litigio para la regulación de honorarios– disminuyó el quantum del lucro cesante a los dos primeros períodos en lugar de los diez años reclamados en la demanda para determinar el monto del proceso, incurriendo en una mera apreciación subjetiva sin sustento en las concretas circunstancias de la causa (Disidencias de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

HONORARIOS: Regulación.

En caso de rechazo total de la demanda debe computarse como monto del proceso a los fines regulatorios el valor íntegro de aquélla dado que son aplicables analógicamente las reglas que rigen el supuesto de demanda totalmente admitida, pues el interés económico discutido en el pleito no varía según que la pretensión deducida prospere totalmente o sea rechazada pues a esos efectos la misma trascendencia tiene el reconocimiento de un derecho como la admisión de que el supuesto derecho no existe (Disidencias de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

HONORARIOS: Regulación.

Los intereses no integran el monto del juicio a los fines regulatorios (Disidencias de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio y del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

HONORARIOS: Regulación.

Los intereses deben ser computados en la base regulatoria tanto en los casos en que media una sentencia de condena como en los que se rechaza la pretensión, ya sea en los procesos de conocimiento como en los ejecutivos (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

HONORARIOS: Principios generales.

La ley arancelaria no debe ser aplicada en forma mecánica prescindiendo de una adecuada relación con las restantes pautas que establece el art. 6, inc. b y sgtes., de la ley 21.839, en tanto se impone una interpretación armónica que componga, con el adecuado equilibrio, los distintos parámetros que determina la ley, a efectos de evitar la disociación de la pauta económica, atinente al monto del litigio, de las restantes que informa la normativa arancelaria, entre las cuales se destacan la extensión, calidad y complejidad de la tarea profesional realizada (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho a la justa retribución.

La garantía a una justa retribución debe plasmarse mediante la decisión judicial correspondiente, de modo que sustancialmente no traduzca un menoscabo a las previsiones constitucionales establecidas en los arts. 14 bis y 17 (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

Dictámenes de la Procuración General

Suprema Corte:

Estése a lo dictaminado en el día de la fecha en la causa S.C. R.2015; L. XXXVIII "Resinas Naturales S.A.I. y C. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales". Buenos Aires, 1° de abril de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de los integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, que revocó la de la anterior instancia, elevando los honorarios de los representantes de la parte actora regulados por su actuación en aquella oportunidad, los Dres Valerio R. Pico y Carlos Manuel Jessen interpusieron recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja.

Ante todo, los recurrentes critican el auto denegatorio del recurso extraordinario y explican que es procedente toda vez que se ha cues-

tionado la decisión del tribunal por afectar derechos y garantías constitucionales, como la de la defensa en juicio y el de propiedad, habida cuenta de que el fallo sólo esgrime argumentos aparentes que lo tornan arbitrario.

Arguyen que la regulación de honorarios practicada por las tareas realizadas en Primera Instancia, tomó como base un monto que no es el que surge del examen de la causa, con lo que se incurrió en la arbitrariedad aludida.

Dicen, también, que el rubro de lucro cesante apreciado, entre otros, para obtener la base regulatoria, es el que guarda mayor diferencia con lo pretendido ya que el juzgador lo acotó a los dos primeros períodos reclamados por el monto establecido en la demanda, desechando, casi en su totalidad, el lapso a liquidar, con el único argumento de "que su exorbitancia configura una situación de excepción que permite tener en cuenta la cantidad por la que razonablemente hubiera prosperado el reclamo sobre este punto" dejando de lado la conclusión a la que arribó, en este mismo expediente, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.

Aducen que conforme los fundamentos dados por el *a quo*, más allá de los principios establecidos por la ley de aranceles (incisos c) y d) de su artículo 6°), le hubiera resultado más beneficiosos que su parte hubiera sido vencida (artículo 7° párrafo 2°) pues así, sus honorarios serían mayores que los regulados ahora, por ser vencedores, situación que como es obvio –precisa– no se ajusta a las previsiones legales aplicables.

Por otro lado, explican que le suscitó gravamen la exclusión del cálculo de los intereses a los fines regulatorios, dado que en el *sub lite* resulta de aplicación el decreto 941/91, cuyo artículo 10°, en su primer párrafo, contempla para mantener incólume el contenido económico del juicio, la facultad judicial de liquidar dichos accesorios conforme la tasa respectivas y, entre ellas, la pasiva promedio que fija el Banco de la Nación Argentina.

Asevera que la situación aquí planteada difiere notoriamente de las contempladas en los precedentes citados por el sentenciador, dado que en estos se trataba de liquidar intereses moratorios, cuyo presupuesto supone la incuria del deudor en satisfacer determinada obligación pecuniaria, mientras que aquí es objeto de discusión, únicamen-

te, el modo como se integra la retribución de los profesionales intervinientes en el pleito, con arreglo de las disposiciones vigentes en la materia, y como consecuencia de los dos procedimientos de reajuste del monto original, es decir –continúa– mediante la actualización monetaria hasta el 1° de abril de 1.991 y luego de ello, a través de los intereses.

Asimismo, expresan que en la sentencia atacada se hizo referencia a ciertos precedentes de esa Corte Suprema que resultan claramente inaplicables a esta causa, porque tratan acerca de casos en los cuales se debatía la procedencia de intereses en hipótesis diferentes a la aquí debatida, y donde los accesorios aplicados sólo encontraban apoyo en el segundo párrafo del artículo 10° del decreto 941/91, y no en el primero, como acontece en este litigio.

Por último, dicen que, en condiciones tales, el criterio adoptado por la Cámara se aparta, sin fundamento alguno, de las reglas que rigen la materia y que debieron aplicarse al caso, en particular la pauta establecida por el artículo 6° inciso a) de la ley 21.839, el que indica que, a tal fin, se tendrá en cuenta el monto del asunto o proceso si fuere susceptible de apreciación pecuniaria, debiendo entenderse por tal suma la que resultare de la sentencia (artículo 19), y que en el caso no es otra que aquella por la cual se rechazó la demanda.

– II –

Es dable precisar que lo concerniente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye materia ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, toda vez que la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales cumplidos y la interpretación y aplicación de las normas arancelarias son, en razón del carácter fáctico y procesal de tales cuestiones, insusceptibles de tratamiento en la instancia extraordinaria, excepto en los supuestos en que la decisión apelada incurre en arbitrariedad (cfme. Fallos: 319:1055) siendo, tal doctrina, de aplicación especialmente restringida (Fallos: 323:1504; 324:4389; entre otros).

Estimo, dentro del marco arriba citado, que en el caso que nos ocupa no se da la excepción aludida, por cuanto los agravios traídos por el ahora quejoso conforman una mera discrepancia con la solución dada por la Cámara.

En efecto, el *a quo* ha precisado las razones en las cuales basó su consideración de los diferentes rubros para obtener la base del litigio. Por otro lado, citó la normativa aplicable y las causas por las que lo hizo, como así también jurisprudencia plenamente aplicable al *sub lite*, es decir que la decisión en crisis exterioriza fundamentos suficientes como para excluir la tacha de arbitrariedad que se le endilga.

Además, debo decir que los intereses no integran el monto del juicio a los fines regulatorios, pues ellos son una contingencia esencialmente variable y ajena a la actividad profesional (v. Fallos: 311:1653; 316:475; 318:850; 322:2961 y sus citas entre muchos otros).

Por tanto, opino que se debe desestimar la queja intentada. Buenos Aires, 1° de abril de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por Valerio R. Pico y Carlos Manuel Jessen en las causas Resinas Naturales S.A.I.C. y C. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales y R.2015.XXXVIII. 'Resinas Naturales S.A.I.C. y C. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales'", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegación dio origen a las presentes quejas, son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestiman las quejas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívense.

Enrique Santiago Petracchi (*en disidencia*) — Augusto César Belluscio (*en disidencia*) — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano (*en disidencia*) — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni (*en disidencia*) — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti (*según su voto*) — Carmen M. Argibay.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que los antecedentes del caso se encuentran correctamente reseñados en el dictamen que antecede.

Que la determinación del monto del litigio efectuada en el *sub lite* por la cámara de apelaciones no suscita un caso de arbitrariedad que justifique la intervención de esta Corte en una materia que, como la indicada, es ajena –como principio– a su competencia extraordinaria. En este sentido, como lo señala el Ministerio Público, el tribunal apelado expresó las razones en las cuales basó su consideración de los diferentes rubros para obtener la base económica del litigio, y citó normativa y jurisprudencia aplicables, por lo que los agravios planteados solamente muestran la personal discrepancia de los apelantes con lo decidido por el *a quo*.

A mayor abundamiento señálase que la pretendida incorporación de los intereses a la base regulatoria resulta procedente únicamente en la hipótesis de admisión de la demanda (causa S.457.XXXIV. "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 24 de mayo de 2005, voto del juez Lorenzetti), pero no cuando se la rechaza como ha ocurrido en la especie.

Por ello y lo dictaminado –en lo pertinente– por la Procuración General de la Nación, se desestiman las quejas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívense.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Salta modificó los honorarios regulados por el juez de primera instancia a los letrados

de la demandada, y determinó los correspondientes a la segunda instancia. Contra ese pronunciamiento los profesionales interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 764/766 y 780/783, que al ser desestimados motivaron las presentes quejas, que serán examinadas conjuntamente.

2°) Que si bien es cierto que lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye, como regla, materia ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, pues la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales cumplidos y la aplicación de las normas arancelarias no son –por su carácter fáctico y procesal– cuestiones susceptibles de tratamiento por la vía extraordinaria, en el caso cabe hacer excepción a ese principio pues el tribunal se ha apartado del valor económico en juego sobre la base de meras afirmaciones dogmáticas y ha soslayado las normas aplicables al caso. Ello afecta la justa retribución de los letrados y los priva de derechos definitivamente incorporados a su patrimonio como consecuencia de las tareas realizadas (conf. Fallos: 312:682; 315:2353; 321:2014 y 325:848).

3°) Que, en efecto, al disminuir el *quantum* del lucro cesante a los dos primeros períodos en lugar de los 10 años reclamados en la demanda para determinar el monto del proceso, la cámara incurrió en una mera apreciación subjetiva sin sustento en las concretas circunstancias de la causa. Ello es así pues el monto reclamado en tal concepto, según pautas que surgen del alegato de la parte actora y de la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán (ver fs. 576/581), no resulta una suma de gran magnitud que justifique apartarse de la norma que específicamente rige el caso (art. 19 de la ley 21.839).

4°) Que, por otro lado, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que en el caso de rechazo total de la demanda debe computarse como monto del proceso a los fines regulatorios el valor íntegro de aquélla dado que son aplicables analógicamente las reglas que rigen el supuesto de demanda totalmente admitida. Se destacó, además, que el interés económico discutido en el pleito no varía según que la pretensión deducida prospere totalmente o sea rechazada pues a esos efectos la misma trascendencia tiene el reconocimiento de un derecho como la admisión de que el supuesto derecho no existe (Fallos: 308:2123 y 312:682, entre otros).

5°) Que sobre la base de una mera apreciación conjetural la cámara se apartó de tales precedentes sin que, por otro lado, concurran en el *sub lite* los presupuestos que se tuvieron en cuenta en Fallos: 318:558. En efecto, en el caso el actor inició demanda por daños y perjuicios cuyo monto, comprensivo del daño emergente y lucro cesante, fue precisado en los peritajes realizados en la causa, en el alegato de la parte actora y en la sentencia de fs. 576/581, sin que se hubiese configurado un supuesto de plus petición inexcusable. De ahí que lo decidido por el tribunal no resulta una derivación razonada de derecho vigente de conformidad con las concretas circunstancias de la causa.

6°) Que, en razón de lo expuesto, los agravios referentes a los honorarios regulados por la actuación profesional de los letrados en la segunda instancia deberán ser adecuados a los que en definitiva se fijen en la instancia anterior (art. 14 de la ley 21.839).

7°) Que, en cambio, la impugnación referente a la inclusión de los intereses en la base regulatoria resulta inadmisible, pues esta Corte ha resuelto en diversas oportunidades en sentido contrario a las pretensiones del recurrente (Fallos: 311:1653; 316:475; 318:850 y 322:2966). En este aspecto se comparten los fundamentos del dictamen del señor Procurador General a los que corresponde remitir por razón de brevedad.

Por ello, y oído al señor Procurador Fiscal, se hace lugar a las quejas y se declaran parcialmente procedentes los recursos extraordinarios deducidos por los letrados y, con ese alcance, se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento. Reintégrense los depósitos. Hágase saber, acumúlense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvanse.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que respecto de la sustancia económica del pleito, a juicio de esta Corte, no se advierte un caso de arbitrariedad que justifique su intervención en materias ajenas a su competencia extraordinaria.

Que conforme con la doctrina de Fallos: 322:2961 –disidencia del juez Boggiano– corresponde descalificar lo resuelto respecto de los intereses.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se declaran procedentes las quejas y los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia con el alcance indicado. Costas por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguense las quejas al principal. Reintégrense los depósitos. Notifíquese y remítanse.

ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Salta modificó los honorarios regulados por el juez de primera instancia, a los letrados de la demandada, y determinó los correspondientes a los trabajos cumplidos por las actuaciones de segunda instancia. Contra esos pronunciamientos los profesionales interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 764/766 y 780/783, de los autos principales, que al ser desestimados motivaron las presentes quejas, que serán examinadas conjuntamente.

2°) Que si bien lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias constituye, como regla, materia ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, pues la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos profesionales cumplidos y la aplicación de las normas arancelarias no son, por su naturaleza, cuestiones susceptibles de tratamiento por la vía extraordinaria, en el caso cabe hacer excepción a ese principio cuando lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias de la causa. Ello, toda vez que afecta la justa retribución de los letrados y los priva de derechos definitivamente incorporados a su patrimonio como consecuencia de las tareas realizadas (conf. Fallos: 312:682; 315:2353; 321:2014 y 325:848).

3°) Que, en tal sentido, cabe precisar que la ley arancelaria no debe ser aplicada en forma mecánica prescindiendo de una adecuada relación con las restantes pautas que establece el art. 6, inc. b y sgtes., de la ley 21.839, en tanto se impone una interpretación armónica que componga, con el adecuado equilibrio, los distintos parámetros que determina la ley, a efectos de evitar la disociación de la pauta económica, atinente al monto del litigio, de las restantes que informa la normativa arancelaria, entre las cuales se destacan la extensión, calidad y complejidad de la tarea profesional realizada.

4°) Que tal valoración propende, como fin último, al establecimiento de una regulación justa, de manera que se corresponda con la letra y el espíritu de la ley de arancel, y respete el derecho que en tal sentido prevé nuestra Carta Magna en su art. 14 bis.

5°) Que la garantía a una justa retribución debe plasmarse mediante la decisión judicial correspondiente, de modo que sustancialmente no traduzca un menoscabo a las previsiones constitucionales establecidas en los arts. 14 bis y 17.

6°) Que de acuerdo al principio sentado en el art. 28 de la Constitución Nacional las garantías contenidas, al respecto, en los artículos citados en el considerando anterior, resultan vulneradas cuando la regulación exorbita la adecuada composición, que debe establecerse, entre las pautas indicadas (considerando 3°) al conceder una retribución desproporcionada.

7°) Que ello es así, cuando se desconoce esa armonización mediante la fijación de una retribución en exceso o se la disminuye –como en el caso– de forma que resulta inconciliable con la tutela establecida en las garantías de raigambre constitucional mencionadas.

8°) Que resulta configurado un apartamiento de tales parámetros normativos y obsta, en consecuencia, a la valoración de las diversas previsiones contenidas en el art. 6 de la ley 21.839, en los términos indicados, cuando se desatiende el contenido económico del proceso.

9°) Que al sustentar la decisión en la disminución del *quantum* del lucro cesante a los dos primeros períodos, en lugar de los 10 años reclamados en la demanda para determinar el monto del proceso, la

cámara incurrió en una mera apreciación subjetiva sin sustento en las concretas circunstancias de la causa.

10) Que, al respecto, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que en el caso de rechazo total de la demanda debe computarse como monto del proceso, a los fines regulativos, el valor íntegro de aquélla, dado que son aplicables analógicamente las reglas que rigen el supuesto de demanda totalmente admitida. Se destacó, además, que el interés económico discutido en el pleito no varía según que la pretensión deducida prospere totalmente o sea rechazada, pues a esos efectos la misma trascendencia tiene el reconocimiento de un derecho como la admisión de que el supuesto derecho no existe (Fallos: 308:2123 y 312:682).

11) Que sobre la base de una mera alocución conjetural la cámara se apartó de tales precedentes sin que, por otro lado, concurran en el *sub lite* los presupuestos que se tuvieron en cuenta en Fallos: 318:558. En efecto, en el caso, el actor inició demanda por daños y perjuicios cuyo monto, comprensivo del daño emergente y lucro cesante, fue precisado en los peritajes realizados en la causa y en el alegato de la parte actora, sin que se hubiese configurado un supuesto de plus petición inexcusable. De ahí que lo decidido por el tribunal no resulta una derivación razonada de derecho vigente de conformidad con las concretas circunstancias de la causa.

12) Que, por otro lado, tampoco se advierte que el *a quo* hubiese apreciado el concurso de aquellos extremos que permiten regular los honorarios por debajo de la escala mínima prevista en el art. 7 de la ley 21.839, aún para los trabajos cumplidos con anterioridad a la vigencia de la ley 24.432, toda vez que para así decidir debe examinarse debidamente la tarea desarrollada, los intereses económicos de las partes y los efectos sobre ellas del rechazo de la demanda, máxime cuando no medió consideración puntual respecto de la etapa cumplida en la primera instancia (conf. sentencia de Corte, del 31 de julio de 1986, en P.78.XIX. “Pacoalex S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daños y perjuicios”), lo que conforma un recaudo insoslayable desde que constituye el cimiento para la regulación (conf. Fallos: 306:1720 y 316:74).

13) Que, en razón de lo expuesto, los agravios referentes a los honorarios regulados por la actuación profesional de los letrados en la

segunda instancia deberán ser adecuados a los que en definitiva se fijen por los trabajos realizados en la instancia anterior (art. 14 de la ley 21.839).

14) Que, en cambio, el agravio referente a la inclusión de los intereses en la base regulatoria resulta inadmisible, pues esta Corte ha resuelto en diversas oportunidades en sentido contrario a las pretensiones del recurrente (Fallos: 311:1653; 316:475 y 318:850).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a las quejas y se declaran parcialmente procedentes los recursos extraordinarios deducidos por los letrados y, con ese alcance, se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento.

Reintégrense los depósitos. Hágase saber, acumúlense las quejas al principal y, oportunamente, devuélvanse.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Valerio R. Pico y Carlos Manuel Jessen por sus propios derechos.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Salta.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Salta.**

DAMNIFICADOS FINANCIEROS ASOCIACION CIVIL PARA SU DEFENSA

CORTE SUPREMA.

Corresponde desestimar el pedido de avocamiento por vía de *per saltum* en tanto la presentación efectuada –pretensión de una asociación civil para que el Tribunal se avoque al tratamiento de una medida de prohibición de innovar tendiente a que once AFJP se abstengan de rubricar el canje de deuda pública del Estado Nacional, por entender configurada una denegatoria de justicia– no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de la Corte Suprema.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Con fecha 28 de febrero de 2005 se dio vista al Señor Procurador General de la Nación del pedido de fs. 13/18, en el que la Asociación Civil para la Defensa de Damnificados Financieros pretende –por la vía excepcionalísima de salto de la instancia ("per saltum")– que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se avoque al tratamiento de una medida de prohibición de innovar y/o de contratar iniciada ante la justicia de primer grado, contra once AFJP –que se mencionan en las copias adjuntas–, a fin de que se abstengan de rubricar el canje de deuda pública del Estado Nacional, precisando que las instancias se declararon sucesivamente incompetentes para entender en la cuestión, por lo que interpretan configurada una denegatoria de justicia, que habilita la actuación del máximo tribunal de la nación. Dice luego, sin embargo que su objeto "no es impedir que las AFJP concreten el canje de bonos en default que poseen, sino conocer los exactos alcances económicos de una decisión de tal índole" (ver fs. 16/17); no obstante, agregó, "...haberse ya producido el hecho de la aceptación de las AFJP, se está a tiempo de mantener en suspenso ese consentimiento si se brinda la medida...". Cabe indicar que el requerimiento formulado a la C.S.J.N. fue el 21 de febrero de 2005 (ver fs. 18), con la afirmación de que: "...en cinco días vencerá el canje de deuda pública. En otras palabras: acaecerá el daño..." (ver fs. 14 vta., 4° párrafo) y la reiteración de que: "...el próximo 25 de febrero sobrevendrá la consecuente materialización ulterior del canje y, por ende, la consumación de los efectos jurídicos de la operación..." (ver fs. 16 4° párrafo).

Ahora bien, la posibilidad de acogerse a la operación de canje, nacional e internacional, de los títulos representativos de deuda pública venció el día 25 de febrero de 2005 (cfr. decreto núm. 1735/04 y anexos respectivos; la Resolución núm. 20/05, del Ministerio de Economía y Producción, sus anexos y normas concordantes).

En tal situación, y sin perjuicio de la facultad de V.E. de examinar en ejercicio de potestades propias si concurren en el caso circunstancias excepcionales de gravedad institucional (v. Fallos: 313:863) que habiliten su intervención directa, soy del parecer que habiendo expi-

rado el plazo mencionado, un pronunciamiento sobre la prohibición de innovar y/o contratar solicitada deviene inoficioso.

En cuanto al trámite principal pendiente de decisión que se menciona a fs. 13 vta., la quejosa cuenta con medios idóneos para impulsar su pretensión, tales como solicitar su elevación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin que dirima la contienda de competencia o eventual denegatoria de justicia que según invoca se habría configurado (v. doctrina Fallos: 246:87, 319:3412, 324:286, entre otros).

En razón de lo expuesto, téngase en estos términos por evacuada la vista solicitada. Buenos Aires, 9 de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que debe desestimarse el pedido de avocamiento por vía de *per saltum* en tanto la presentación efectuada no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilitan la competencia ordinaria o extraordinaria de esta Corte Suprema (Fallos: 313:1242; 314:1030; 319:858 y 860; 320:1641 y 322:3569, entre muchos).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se desestima la presentación articulada. Notifíquese y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Presentación deducida por **Roberto José Molina, por la entidad y Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa, con el patrocinio de los Dres. Osvaldo A. Prato y Rubén O. Luchinsky.**

MANUEL FAIREN SANZ

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Agentes diplomáticos y consulares.

Los estados extranjeros y sus representaciones diplomáticas no revisten la calidad de aforados, en los términos de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58.

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

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Agentes diplomáticos y consulares.

Es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la investigación del delito de falsificación de instrumento privado –denunciado por una persona que goza de status diplomático– si ningún funcionario de la legación se presentó como parte en el proceso, ni los hechos denunciados interfieren en la función propia del consulado.

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

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Agentes diplomáticos y consulares.

No basta la mera posibilidad de afectación de las funciones propias de la legación para que surta la competencia excepcional de la Corte Suprema.

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

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por las personas. Competencia originaria de la Corte Suprema. Estados extranjeros.

Si el art. 117 de la Constitución Nacional tiene como finalidad el resguardo de las buenas relaciones internacionales, no se advierten razones que justifiquen efectuar distingos entre un país y sus representantes, sometiendo al primero a la justicia federal ordinaria, ya que en tanto las relaciones internacionales se hallan involucradas ya sea que el caso concierna al Estado extranjero en sí o a sus embajadores, ministros y cónsules, se justifica que en ambas hipótesis actúe la Corte, como cabeza de un poder del Estado y tribunal superior de la justicia nacional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La titular del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 declinó la competencia en favor de la originaria de V. E. en la causa donde se investiga el delito de falsificación de documento privado.

Reconoce como antecedente la denuncia formulada por Manuel Fairen Sanz, Cónsul General de España en Buenos Aires, en la que refirió que habrían presentado certificados médicos falsos con la finalidad de urgir el trámite de nacionalidad de Maximiliano Cejas, quien supuestamente padecía una enfermedad terminal y debía ser intervenido quirúrgicamente en un hospital español.

Asimismo, manifestó que al mismo efecto y en reiteradas oportunidades, se hicieron presentes en esa sede dos personas, una de ellas en silla de ruedas, que decían ser el interesado y su tío, pero que en realidad resultaron ser el gestor y un actor, que inclusive firmó el acta de opción de la ciudadanía española, oportunidad en la que habría exhibido el documento nacional de identidad de Cejas.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, que conoció primero en la denuncia, luego de disponer el archivo parcial de las actuaciones por inexistencia de delito, se declaró incompetente para seguir entendiendo en la falsificación de los documentos privados (fs. 255/258).

A solicitud de la representante de este Ministerio Público, la magistrada nacional en lo correccional se inhibió para entender en la causa por considerar que el hecho a investigar, además de haber sido denunciado por una persona que goza de status diplomático, habría afectado el desempeño de las actividades propias de la representación extranjera y de sus funcionarios (fs. 263/265).

Al respecto, estimo que cabe aplicar al caso la reiterada jurisprudencia de V. E., según la cual, los estados extranjeros y sus representaciones diplomáticas no revisten la calidad de aforados, en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58 (Fallos: 297:167; 305:1148 y 1872; 308:1673; 311:1187 y 2788; 312:2487; 313:213, 397; 323:3593 y 324:3696).

Por otra parte, no advierto que algún funcionario de esa legación se presentara como parte en el proceso, ni que los hechos denunciados interfirieran en la función propia del consulado (Fallos: 304:1495; 306:988; 311:916, 2125; 324:3696 y 3853), que fue, precisamente, el que develó el ardid evitando el engaño.

En atención a que V. E. tiene establecido que no basta la mera posibilidad de tal afectación para que surta su competencia excepcional (Fallos: 304:1893), opino que, en tanto no se acredite en autos alguno de los extremos enunciados, esta causa resulta ajena a la competencia del Tribunal (Fallos: 306:988; 311:916, 2125; 324:3696, 3853). Buenos Aires, 3 de septiembre del año 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos cabe remitirse en razón de brevedad, se declara que la presente causa no es de competencia originaria de la Corte, por lo que corresponde remitirla en devolución al juzgado de origen, a sus efectos. Hágase saber y cúmplase.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano (*en disidencia*) — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Disidencia del señor ministro doctor don Antonio Boggiano

Considerando:

Que en el caso resulta de aplicación la doctrina que surge de Fallos: 323:3592, disidencia de los jueces Fayt, Boggiano y Vázquez;

E.79.XXXVII "Embajada de España s/ averiguación intimidación pública", fallada el 11 de junio de 2002 y 325:1364, disidencias de los jueces Boggiano y Vázquez, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad, sin que modifique lo expuesto la trascendencia del asunto o la falta de elementos que demuestren que se hayan afectado las actividades propias de la sede diplomática o la de sus funcionarios.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara que la presente causa es de la competencia originaria de la Corte. Líbrese oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a fin de que, por su intermedio, se requiera la conformidad exigida por el art. 24, inc. 1°, último párrafo del decreto-ley 1285/58.

ANTONIO BOGGIANO.

Tribunal de origen: **Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3.**

JAIME JOAQUIN BASSA Y OTRO V. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

La concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

En cada situación concreta, el Tribunal deberá efectuar un examen particularizado a fin de determinar la carencia de recursos, o la imposibilidad de obtenerlos, de quien invoque el beneficio para afrontar las erogaciones que demande el proceso en cuestión.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

El beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley. Ello es así, habida cuenta de que por su intermedio se asegura el acceso a la administración

de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes. Empero, no debe olvidarse que frente a los intereses del peticionario se hallan los de su contraria, tan respetables como los de aquél, los que podrían verse conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

Si bien cuando demanda una persona de existencia ideal el instituto del beneficio de litigar sin gastos debe ser valorado con suma prudencia, no existen restricciones legales para concederlo en tanto las pruebas incorporadas al incidente permitan demostrar las condiciones de insolvencia en las que se afirma hallarse.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

Corresponde conceder el beneficio de litigar sin gastos a una sociedad pues, en la valoración de los elementos probatorios invocados no son aceptables afirmaciones dogmáticas ni teñidas de un injustificado rigor formal, que conduzcan a la frustración del derecho de defensa y del debido proceso legal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 18/20 se presentan Jaime Joaquín Bassa y "Los Patos S.R.L.", por intermedio de apoderado, solicitando el beneficio de litigar sin gastos en los términos del art. 78 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para proseguir la demanda entablada contra la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las inundaciones ocurridas en el establecimiento agropecuario "La Fortuna", cuyo monto reclamado asciende a la suma de $ 970.000 aproximadamente.

2°) Que la concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas. En efecto, a diferencia de ordenamientos procesales derogados, el legislador ha omitido referencias tasadas sobre el concepto de

pobreza, pues éste, por ser contingente y relativo, presenta insalvables dificultades para ser definido con un alcance genérico que abarque la totalidad de las diferentes circunstancias que puedan caracterizar a los distintos casos por resolver. En suma, en cada situación concreta, el Tribunal deberá efectuar un examen particularizado a fin de determinar la carencia de recursos, o la imposibilidad de obtenerlos, de quien invoque el beneficio para afrontar las erogaciones que demande el proceso en cuestión (Fallos: 311:1372; considerando 1° y sus citas; 315:276 y 1025).

3°) Que tal beneficio encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional). Ello es así, habida cuenta de que por su intermedio se asegura el acceso a la administración de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes. Empero, no debe olvidarse que frente a los intereses del peticionario se hallan los de su contraria, tan respetables como los de aquél, los que podrían verse conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio (Fallos: 311:1372, considerando 2°).

4°) Que sentado lo expuesto, corresponde examinar los medios de convicción incorporados al incidente.

De las declaraciones de los testigos efectuadas a fs. 64/66 y 293 se desprende que Jaime Joaquín Bassa es socio gerente de la sociedad "Los Patos S.R.L." y que es propietario de una fracción de campo en Trenque Lauquen y otra –en condominio con sus hermanos– en Pehuajó. Que también es propietario de un departamento en la calle Paraná, Capital Federal, que está hipotecado y en el que, después del divorcio del peticionario, viven su ex esposa y sus tres hijos menores. Que el señor Bassa habita en un departamento que pertenece a su hermana y que sus ingresos son los derivados de la explotación del campo y de los arrendamientos de ciertas fracciones, los que se han visto disminuidos en la actualidad como consecuencia de las inundaciones. Asimismo, los testigos manifiestan que el actor debe pagar una cuota mensual de alimentos para sus hijos de aproximadamente $ 2.500, además de tener a su cargo los gastos de una cobertura de medicina prepaga para sí, sus hijos y su ex esposa.

5°) Que a fs. 349/352 el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires informa que no hay inmuebles a nombre de

"Los Patos S.R.L.", mientras que Jaime Joaquín Bassa es titular de los bienes correspondientes a las partidas 20570, 10174, 10175 y 10176, entre los cuales estos tres últimos corresponden a las fracciones del campo "La Fortuna", situada en Trenque Lauquen de conformidad con lo informado por aquel organismo a fs. 88/95.

6°) Que a fs. 80/84 obra el certificado de dominio expedido por el Registro Nacional de la Propiedad del que se desprende que el inmueble de la calle Paraná es propiedad del señor Jaime Joaquín Bassa y Soledad Lafuente, que sobre él se ha constituido una hipoteca por U$S 40.000, además de estar afectado a un embargo preventivo dictado en los autos "Lafuente de Bassa, María Soledad c/ Bassa, Jaime Joaquín s/ medidas precautorias del art. 233 del Código Civil".

A fs. 345/347 el registro contesta un nuevo oficio en el que deja constancia que no existen bienes en Capital Federal a nombre del actor. Que a fs. 300 y ante el pedido del Tribunal, el actor declara que el inmueble –sede del hogar conyugal– fue cedido a su ex cónyuge a fin de compensar una deuda que tenía con ella y acompaña copia simple del convenio respectivo (ver fs. 325/326). Manifiesta también que debe abonar una suma mensual en concepto de cuota alimentaria de $ 2.700 y agrega copia de los depósitos bancarios correspondientes (ver fs. 320/324). Asimismo, denuncia que el departamento en el que habita es propiedad de su hermana María del Carmen Bassa y adjunta copia de la escritura traslativa de dominio (ver fs. 327/331). Por último, deja constancia que no ha celebrado pacto de *cuota litis*.

De tal manera se debe concluir que las pruebas aportadas son elementos suficientes para conceder a Jaime Joaquín Bassa la franquicia pedida en los términos del art. 78 y sgtes. del código citado.

7°) Que, con respecto a la situación de "Los Patos S.R.L.", se ha adjuntado un informe del contador de la sociedad, Eliseo J. Rodríguez, del cual surge una reducción del activo, para el ejercicio cerrado al 30 de junio de 2000, como consecuencia de la disminución de existencias de hacienda vacuna (ver balances acompañados e informe obrantes a fs. 70/78). Indica también una merma en el estado de resultados y en los ingresos por ventas de productos agrícolas (ver fs. 70/78). A fs. 332/335 obra agregado el último balance del ente societario, que comprende el período julio de 2002 - junio de 2003, en el cual se obser-

va en el estado de situación patrimonial un resultado del pasivo y patrimonio neto de $ 9.091 y en el estado de resultados del ejercicio un total de $ 5.505,86.

Además, a fs. 346 el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal informa que la sociedad no registra inmuebles inscriptos a su nombre.

8°) Que si bien cuando demanda una persona de existencia ideal el instituto en examen debe ser valorado con suma prudencia, no existen restricciones legales para concederlo en tanto las pruebas incorporadas al incidente permitan demostrar las condiciones de insolvencia en las que se afirma hallarse (Fallos: 325:3067), pues como ha resuelto el Tribunal ante situaciones sustancialmente análogas, en que diversas sociedades comerciales habían invocado la imposibilidad económica para afrontar el depósito al que estaba condicionada la apertura de la instancia judicial que promovieron, en la valoración de los elementos probatorios invocados no son aceptables afirmaciones dogmáticas ni teñidas de un injustificado rigor formal, que conduzcan a la frustración del derecho de defensa y del debido proceso legal (Fallos: 321:1741 y 323:3012).

Con tal comprensión, la prueba señalada en el considerando anterior constituye elemento de convicción suficiente para conceder a la sociedad demandante el beneficio perseguido.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Fisco, se resuelve: Conceder a Jaime Joaquín Bassa y "Los Patos sociedad de responsabilidad limitada" el beneficio de litigar sin gastos peticionado. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Incidentistas: **Jaime Joaquín Bassa por sí y en su calidad de socio gerente de la sociedad "Los Patos S.R.L",** letrado apoderado Dr. **Javier Fernando Musotto** y patrocinante Dra. **Jorgelina Castello.**

EDENOR S.A. Y OTRO V. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

MEDIDAS CAUTELARES.

No corresponde obstaculizar por medio de medidas cautelares los trámites administrativos que los Estados provinciales se consideren con derecho a llevar a cabo, incluso hasta poner las actuaciones en condiciones de ejecutar sus créditos, con origen en infracciones. Una solución distinta sobre la base de la cual se impidiese a aquéllos llevar adelante dichos trámites importaría una intromisión en cuestiones locales, extremo que está vedado a la Corte Suprema, ya que los temas atinentes a asuntos de esa naturaleza no corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

MULTAS.

Si bien es constitucionalmente válida la exigencia del pago previo de las multas aplicadas por la autoridad administrativa con motivo de infracciones, cabe atenuar el rigorismo de tal principio en eventuales supuestos de excepción.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 574/575 las actoras solicitan que se dicte una medida cautelar a fin de que la demandada Provincia de Buenos Aires suspenda el curso de las actuaciones sumariales de los expedientes en trámite ante la Secretaría de Política Ambiental 2145-19249/04 “EDESUR S.A. Actas B01-39459 B01-37652 B01-398100 B01-38089 B01-26726 A01-26741 y otras infracción resolución 618/03 por falta de cartelería en transformadores”, y 2145-19252/04 “EDENOR S.A. Actas B01-41994/95/96/97/93/92 B01-39063 A01-39075 y otras infracción resolución 618/03 por falta de cartelería en transformadores”; y, en su caso, la ejecución de las sanciones que eventualmente se impongan en dichos procedimientos.

2°) Que la nueva medida cautelar tampoco puede ser proveída favorablemente. En efecto, ha dicho este Tribunal que no corresponde obstaculizar por medio del instituto en examen los trámites administrativos que los Estados provinciales se consideren con derecho a llevar a cabo, incluso hasta poner las actuaciones en condiciones de ejecutar sus créditos –en el caso–, con origen en infracciones. Una solución distinta sobre la base de la cual se impidiese a aquéllos llevar adelante dichos trámites importaría de parte de esta Corte una intromisión en cuestiones locales, extremo que le está vedado ya que los temas atinentes a asuntos de esa naturaleza no corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional (confr. T.71.XXXVII. "Transportadora de Gas del Norte S.A. (T.G.N.) C/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza – incidente de medida cautelar", pronunciamiento del 12 de marzo de 2002, Fallos: 327:2742).

Por otra parte, esta Corte ha admitido, reiteradamente, la validez constitucional de la exigencia del pago previo de las multas aplicadas por la autoridad administrativa con motivo de infracciones; y ha aceptado la posibilidad de atenuar el rigorismo de tal principio en eventuales supuestos de excepción, los que no han sido invocados en autos (conf. Fallos: 288:287 y 314:1312; y arg. Fallos: 324:871).

3°) Que, por último, corresponde dejar en claro que en el pronunciamiento de fs. 281/282 no se ha incurrido en la omisión que se invoca, pues la nueva medida cautelar que rechaza la presente sólo fue requerida en la presentación a despacho, en tanto el petitorio del escrito obrante a fs. 571/572 (identificado por la actora, según puede interpretarse, con fs. 511/512) no difiere, en lo que aquí interesa, del que obra a fs. 279/280 y que fue considerado por el Tribunal en la decisión denegatoria del 7 de diciembre de 2004.

Por ello, se resuelve: Rechazar la medida cautelar. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Por la actora: **Dres. Ana María Murias, Cristina Ciancio y Máximo J. Fonrouge.**

HIDROELECTRICA TUCUMAN S.A. v. NACION ARGENTINA y Otra

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Obras públicas.

Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios por alteración de la ecuación económica del contrato –promovida por la concesionaria del complejo hidroeléctrico El Cadillal– si la actora conoció o debió conocer que la concesión que tomaba a su cargo tenía el condicionamiento de la previa satisfacción de otros intereses prioritarios, y que la satisfacción de ellos, como la extracción de agua para su posterior potabilización, podía eventualmente ser lograda con el uso de la toma provisoria, lo cual naturalmente tendría repercusión en los márgenes de operatividad y producción de la central hidroeléctrica.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Obras públicas.

Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios si la provincia demandada no actuó con arbitrariedad, pues la disminución del nivel de crecidas que restringió la franja de operación normal, está vinculada al incumplimiento de la actora en la construcción de una red de alerta de crecidas y, asimismo, la cota correspondiente al nivel mínimo normal fue fijada por dicha demandada, en ejercicio de facultades propias, con fundamento técnico suficiente y teniendo en mira el interés general, por lo que tampoco desde esta perspectiva su actuación ha sido reprochable.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Obras públicas.

Corresponde rechazar la imputación de responsabilidad del Estado Nacional con fundamento en la existencia de construcciones no previstas en el pliego si en el inventario del contrato de concesión figuró el detalle de los bienes cedidos, respecto a los cuales la concesionaria tuvo amplio derecho de inspección, manifestó haber tenido oportunidad de revisarlos, evaluarlos y analizarlos, tomó su posesión en el estado en que se encontraban, y renunció a todo tipo de reclamos frente al Estado Nacional y a la Provincia de Tucumán.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Obras públicas.

Corresponde rechazar la demanda contra Estado Nacional por considerar que la concedente es responsable por haber consentido un manejo de aguas perjudicial a los intereses de la concesionaria pues, al haberse descartado la existencia de arbitrariedad en el manejo de aguas realizado por la Provincia de Tucumán, resulta ociosa cualquier imputación de ese tipo realizada contra el Estado Nacional quien, por lo demás, no era la autoridad de aplicación en la materia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 109/137 Hidroeléctrica Tucumán S.A., invocando su condición de concesionaria del servicio público de generación de energía eléctrica en los Complejos Hidroeléctricos El Cadillal, Pueblo Viejo y Escaba, ubicados en jurisdicción tucumana, como resultado del Concurso Público Internacional realizado por el Estado Nacional, empresa que dice tener su domicilio en Capital Federal, promueve la presente demanda, con fundamento en los arts. 504, 505, 506/11, 512, 519, 520, 521, 542, 817, 901, 902, 1107, 1112, 1137, 1138, 1198, 1201, 1204, 1638 y concordantes del Código Civil y en varios artículos de la Constitución Nacional, contra el Estado Nacional (Secretaría de Energía) y contra la Provincia de Tucumán, a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión.

Manifiesta que dirige su pretensión contra la Provincia de Tucumán dado que, como Autoridad de Aplicación, habría realizado un manejo arbitrario de las aguas, en abierta contradicción con los términos del contrato de concesión celebrado entre la sociedad actora y el Estado Nacional.

Asimismo, indica que demanda al Estado Nacional pues, en su carácter de concedente, no dio regular cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

En este contexto, V.E. corre vista a este Ministerio Público, por la competencia, a fs. 138.

– II –

A mi modo de ver, la causa *sub examine* corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

En efecto, cuando en un proceso –como el *sub lite*– son partes una provincia y el Estado Nacional, procede la competencia de la Corte,

cualquiera sea la materia del pleito (fallos: 308:2033; 313:145; 315:1480, entre otros) toda vez que, la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando la acción en esa instancia (Fallos: 305:441; 308:2054; 311:489 y 2725; 312:389 y 1875; 313:98 y 551 y sentencia del 25 de noviembre de 1.997 *in re* S.294 L.XXXIII "Santa Cruz, Provincia de c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad"). Buenos Aires, 27 de junio de 2000. *María Graciela Reiriz.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Hidroeléctrica Tucumán S.A. c/ Estado Nacional y Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios", de los que

Resulta:

I) A fs. 109/137 se presenta el presidente del directorio de Hidroeléctrica Tucumán S.A. y, en representación de tal sociedad, inicia demanda contra el Estado Nacional (Secretaría de Energía) y la Provincia de Tucumán, por cobro de la suma de $ 1.017.500 –o lo que en más o en menos surja de la prueba– en concepto de daños y perjuicios.

Dice que a Hidroeléctrica Tucumán S.A. se le adjudicó la concesión para la generación hidráulica de energía eléctrica de los complejos El Cadillal, Pueblo Viejo y Escaba, que aprovechan, respectivamente, los cursos de los ríos Salí, Pueblo Viejo y Marapa.

Destaca que, de acuerdo a las previsiones del respectivo contrato de concesión, el "Manejo de Aguas" que fluye hacia los citados complejos (cuenca hidrográfica "aguas arriba") resulta atribución y responsabilidad de la Provincia de Tucumán, sin perjuicio de lo cual se han pactado normas que determinan tanto los caudales erogados como los niveles de los complejos y las franjas de operación de los respectivos embalses.

En concreto, y en cuanto aquí interesa, afirma que en el contrato de concesión se estableció en 577,50 m.s.n.m. el valor del nivel mínimo de turbinado del complejo El Cadillal (nivel del embalse debajo del cual las turbinas de la central hidroeléctrica no puede funcionar), y que solamente los recursos hídricos "aguas abajo" podían ser aprovechados por la planta de potabilización de la empresa Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (ex concesionaria del servicio de suministro de agua potable y red cloacal de la ciudad de San Miguel de Tucumán), previéndose a ese efecto, en condiciones normales, la utilización de un conducto de hormigón de 1,50 m. de diámetro que nace de la pileta central del citado complejo, y para casos de emergencia, el uso de dos conducciones alternativas de alimentación, una desde la tubería central y otra desde la tubería a los descargadores de fondo. Señala, además, que se acordó que las erogaciones aguas abajo del embalse se optimizarían en función de la producción de energía eléctrica, radicando en todo ello la ecuación económico financiera del contrato, en el sentido de estar vinculada a la producción de energía eléctrica en las condiciones indicadas.

Sostiene que en contradicción con los términos del contrato, se ha permitido o tolerado que la Compañía Aguas del Aconquija S.A. abra sin autorización una válvula esclusa existente en el labio del vertedero de El Cadillal y aproveche un contradique de material granular ubicado al pie de dicho vertedero, para la captación de agua cruda con destino a su potabilización.

Refiere que dicha válvula es de naturaleza precaria, fue instalada antes de otorgarse la concesión con el objeto de responder a una situación de emergencia, y no figura en las memorias técnicas del diseño y ejecución de la represa, por lo que la responsabilidad estatal está comprometida, ante todo, por no haber indicado su existencia en los documentos referentes a la concesión.

Independientemente, precisa que la captación realizada "aguas arriba" ocasiona que las máquinas generadoras de electricidad vean disminuidas su capacidad, no pudiendo llegar en algunas ocasiones al mínimo técnico. Expresa que esa situación se ha mantenido inclusive con posterioridad a la extinción de la concesión que vinculaba a la Provincia de Tucumán con la Compañía de Aguas del Aconquija S.A., es decir, durante la gestión de la nueva operadora Obras Sanitarias de Tucumán, pues en todo momento la ciudad de San Miguel de

Tucumán ha seguido siendo abastecida por la sustracción hecha “aguas arriba” del embalse.

En punto a lo anterior, reseña diversas constancias documentales de las que, a su juicio, resultaría: a) respecto del Estado Nacional, la ausencia de su buena fe en el cumplimiento de las obligaciones propias de su condición de concedente, así como su actitud omisiva en instar a la Provincia de Tucumán a que deponga su actitud de permitir la utilización de una toma provisoria “aguas arriba”, con carácter permanente, primero por una concesionaria privada (Compañía de Aguas del Aconquija S.A.) y posteriormente por una entidad de la propia provincia (Obras Sanitarias de Tucumán); y b) respecto de la Provincia de Tucumán, su arbitrario manejo del régimen de las aguas –que incluye la modificación de las cotas aptas para la operatoria de la presa–, que estima violatorio de las pautas contractuales y de las razonables previsiones que Hidroeléctrica de Tucumán S.A. tuvo en vista al asumir su condición de concesionario para la generación de energía eléctrica.

Refiere, por último, que la indemnización reclamada está vinculada a la cantidad de agua que se ha visto impedida de turbinar, es decir, a la pérdida de los ingresos derivada de la menor generación de energía, frente a los costos invariables que impone la operación de la central El Cadillal, tomando como referencia para el cálculo pertinente el “Nivel Mínimo de Turbinado”. Pide intereses y que se impongan las costas a las demandadas, a quienes considera responsables solidarias.

II) El Estado Nacional se presenta a fs. 160/190 y contesta la demanda, negando los hechos allí expuestos y solicitando su rechazo.

Ante todo, recuerda que el carácter de concesionaria de la actora deriva de la adquisición que el consorcio “Apuaye-Necon S.A. y José Chediack S.A.” hizo del 98% del paquete accionario de Hidroeléctrica Tucumán S.A., en el marco de la licitación y concurso público internacional convocado por el Estado Nacional en los términos del decreto 463/95, aprobado por el decreto 657/96.

Sentado ello, destaca que el pliego de bases y condiciones de dicho concurso público internacional, e igualmente el contrato de concesión anexo, referían expresamente la existencia de la válvula esclusa que

alimenta la toma provisoria existente en el vertedero del complejo hidroeléctrico El Cadillal, y que de esa documentación resultaba también: a) la facultad de la adquirente de comprobar la existencia de los bienes propios y cedidos que correspondan a la sociedad concesionaria, así como de requerir información y antecedentes sobre el funcionamiento del embalse; b) la indicación de que tales bienes propios y cedidos serían entregados en el estado en que se encontraran al tiempo de la toma de posesión por parte de la concesionaria, sin admitirse reclamos de ninguna especie; c) la aclaración de que dicha entrega era sin ninguna garantía por parte del Estado Nacional y la Provincia de Tucumán, por lo que la concesionaria no tendría ninguna acción contra ellos; y d) la declaración por parte de la concesionaria de haber revisado e inspeccionado el estado de los bienes integrantes del complejo hidroeléctrico, y que los recibía en buen estado de uso y conservación, y de plena conformidad. En función de lo anterior, concluye que la actora fue debidamente informada de la existencia de instalaciones provisorias para la captación de agua potable, por lo que al tiempo de formular su propuesta económica debió tenerlas presentes.

Asimismo, aduce el Estado Nacional que la responsabilidad eventualmente comprometida sería la de la Provincia de Tucumán por cuanto, según los términos del contrato de concesión, esta última se reservó el denominado “manejo de aguas” (que en los hechos canalizó a través de la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos del Ministerio de Producción Provincial, y de la “Comisión Coordinadora de Embalse y Desembalse de El Cadillal, Escaba y aprovechamiento hidroeléctrico del Río Pueblo Viejo” –organismo de la provincia a cargo de las respectivas atribuciones y responsabilidades–), asumiendo por ello expresamente la responsabilidad por las consecuencias derivadas del apartamiento de las normas contractuales relativas a la administración de los recursos hídricos o de su violación. En este orden de ideas, afirma que la prestadora del servicio de agua corriente para la capital tucumana se abasteció de la apuntada toma provisoria con la expresa anuencia de las autoridades locales y que, por tanto, es la provincia demandada la que debería soportar las consecuencias perjudiciales que de ello pudieron haberse derivado para la actora.

Por otra parte, describe las distintas acciones emprendidas (por intermedio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad; la Secretaría y Subsecretaría de Energía; y funcionarios de Agua y Energía Eléctrica S.E.) frente a las autoridades de la Provincia de Tucumán

(gobernador; secretario de obras y servicios públicos; subsecretario de obras públicas; ministro de producción; etc.), en respuesta a los reclamos administrativos de la actora, de lo que es posible inferir –según lo entiende– su buena fe en el cumplimiento del contrato y la ausencia de una actitud omisiva, permisiva o tolerante que comprometa su responsabilidad como concedente. En este sentido, expresa el Estado Nacional que a fin de no avasallar las facultades reservadas por la Provincia de Tucumán en lo que hace al denominado "manejo de aguas", solamente pudo hacer lo que efectivamente hizo, es decir, realizar gestiones administrativas ante dicho estado provincial para que solucionase el diferendo suscitado entre la actora y la prestadora del servicio de agua corriente de la capital tucumana, señalando haber recibido como respuesta el silencio de las autoridades provinciales, no sólo a nivel epistolar sino también en reuniones celebradas en 1999.

En cuanto al monto reclamado, cuestiona la pretensión de la actora de calcular los perjuicios tomando como base el "nivel mínimo de turbinado" pues, afirma, dicho nivel no está relacionado con ninguna franja de operación en especial.

III) A fs. 201/220 se presenta la Provincia de Tucumán, la que también niega los hechos expuestos en la demanda y pide su rechazo.

Al igual que el Estado Nacional, observa que la toma de agua existente en el labio del vertedero fue claramente indicada en el pliego de licitación de la concesión finalmente adjudicada a la actora, por lo que su existencia no pudo ser ignorada, como tampoco su uso permanente, máxime si se tiene en cuenta la facultad dada a aquélla –también resultante del pliego– de inspeccionar los aprovechamientos hidroeléctricos. Afirma que si alguna duda pudo asistir a la actora, debió solicitar las aclaraciones respectivas, lo que tampoco hizo.

Precisa que el carácter "provisorio" de dicha toma fue expresamente indicado en el contrato de concesión, con la particularidad de que no se determinaba la duración de tal provisoriedad ni que la provincia quedaba obligada a realizar la obra definitiva. En su caso, dice, la supresión de la apuntada toma tampoco podía ser considerada como inminente, puesto que mediante ella se abastece el consumo de agua potable de medio millón de habitantes por lo que entran a jugar, las cláusulas del contrato de concesión con arreglo a las cuales se establece un régimen de prioridades al cual se debe ajustar el "manejo de

aguas", en el sentido de que se debe privilegiar la disponibilidad de agua para bebida humana, usos domésticos de la población y riego, por encima de la generación de energía.

En conexión con lo anterior, destaca que la actuación provincial ha respetado cabalmente dicho régimen de prioridades integrante del contrato de concesión, en el cual, por otra parte, expresamente se pactó que la concesionaria quedaba impedida de reclamar indemnización alguna por modificaciones en el denominado "manejo de aguas", cuando tales modificaciones tuvieran fundamento técnico y respondieran al interés general. En este orden de ideas, imputa a la actora pretender una rigidez absoluta del contrato en lo vinculado al "manejo de aguas" que no tiene apoyo ni en su letra, ni desde el punto de vista técnico o jurídico, habida cuenta de que dicho manejo depende de situaciones cambiantes como son la calidad del agua, el caudal de los ríos, etc., e inclusive de la realización de obras de seguridad que quedaban a cargo de la concesionaria y que ella no realizó.

De otro lado, indica que más allá de que los daños son jurídicamente inexigibles a la Provincia de Tucumán, el resarcimiento reclamado por la actora resulta excesivo, tanto porque los eventuales perjuicios deben entenderse cubiertos con el ínfimo precio pagado por ella por la concesión, cuanto porque para su cuantificación no se han tenido en cuenta los costos de generación, los componentes impositivos, las regalías hidroeléctricas y demás gastos que inciden en el valor final despachado al mercado eléctrico mayorista, como tampoco –coincidiendo en esto con el Estado Nacional– que ninguna razón existe para calcularlos tomando por base el "nivel mínimo de turbinado", ya que la franja de operación está fijada por el "nivel mínimo normal" que determina la autoridad de aplicación teniendo en cuenta las prioridades establecidas en el contrato de concesión.

Considerando:

1°) Que de acuerdo a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 139, este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (art. 116 de la Constitución Nacional).

2°) Que en su calidad de concesionaria del complejo hidroeléctrico El Cadillal, la actora promovió demanda contra el Estado Nacional y la Provincia de Tucumán, responsabilizándolos por las pérdidas eco-

nómicas que, según afirma, han derivado de la utilización por terceros del caudal hídrico correspondiente a la represa, que habría provocado una merma de las cantidades acuíferas necesarias para "turbinar" –según los términos del contrato de concesión– alterándose la ecuación económica del negocio. En concreto, la actora imputa al Estado Nacional responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la existencia de construcciones no previstas en el contrato de concesión utilizadas por terceros, y por no instar debidamente a la provincia para que adoptase cursos de acción positivos tendientes a evitar dicho aprovechamiento que, por tener lugar "aguas arriba", afecta la normal operatividad del complejo citado. Por otro lado, imputa responsabilidad a la provincia demandada por lo que dice que ha sido una ejecución arbitraria del denominado plan de "manejo de aguas" (que integra el contrato de concesión), provocando así una negativa repercusión en las expectativas económicas que de dicho negocio se esperaba.

3°) Que mediante el decreto 463/95 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la ejecución de la privatización de la actividad de generación de energía eléctrica de Agua y Energía Eléctrica S.E., vinculada a los complejos hidroeléctricos El Cadillal, Pueblo Viejo y Escaba. A esos fines, ordenó la constitución de Hidroeléctrica Tucumán S.A., a la que el Estado Nacional le otorgó la concesión para generar energía eléctrica mediante los complejos antes indicados que aprovechan, respectivamente, los ríos Salí, Pueblo Viejo y Marapa. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional –por intermedio del Ministerio de Obras y Servicios Públicos– redactó el correspondiente pliego de bases y condiciones, y convocó a un concurso público internacional para la venta del 98% del paquete accionario de Hidroeléctrica Tucumán S.A., integrado por un 59% de acciones clase "A" pertenecientes al Estado Nacional, y un 39% de acciones clase "B" de propiedad de la Provincia de Tucumán (estas últimas asignadas al estado provincial en función del acta acuerdo suscripta con el Estado Nacional el 28 de marzo de 1995, cláusula 5a.). En dicho concurso internacional resultó seleccionado el consorcio integrado por "Apuaye-Necon S.A. y José Chediack S.A.", al cual se le adjudicó el paquete accionario indicado celebrándose, entonces, el correspondiente contrato de transferencia con intervención del Estado Nacional, Agua y Energía Eléctrica S.E., Hidroeléctrica Tucumán S.A., la Provincia de Tucumán y los propios adjudicatarios. Finalmente, concretada la transmisión de la participación accionaria, la actora suscribió con el Estado Nacional el correspondiente contrato de concesión para la generación hidráulica de electricidad de los com-

plejos, con una duración de 30 años a contar a partir de la fecha de la toma de posesión, la que se produjo el 3 de julio de 1996.

3°) Que el análisis de la responsabilidad que se atribuye a las demandadas está íntimamente vinculado, no sólo con el examen del contrato de concesión que legitima a la actora para obrar en autos, sino también al estudio de los otros documentos que instrumentaron el proceso de privatización precedentemente reseñado (acta-acuerdo del 28 de marzo de 1995; pliego de bases y condiciones para el concurso internacional; contrato de transferencia; y sus respectivos anexos), pues de su conjunto resulta el complejo de obligaciones, deberes y cargas asumidos por las partes, o de facultades reservadas en orden a la operatoria de la presa El Cadillal; operatoria sobre la cual, valga señalarlo, concurren –en delicado equilibrio– intereses públicos y privados, que no se agotan en los derivados de la generación de energía eléctrica, sino que también se relacionan con otros usos consuntivos del agua, tales como potabilización, riego, etc.

En particular, del examen de toda esa documentación ha de surgir la respuesta a las cuestiones principales que plantea el caso, a saber: a) si la actora pudo ignorar la existencia de la toma provisoria instalada en el labio del vertedero destinada a permitir la extracción de agua para su potabilización, con la consiguiente incidencia que su uso tendría en el aporte del caudal hídrico necesario para "turbinar"; b) si la Provincia de Tucumán ha ejercido arbitrariamente las facultades que se reservó en cuanto al denominado "manejo de aguas", tanto en la fijación de las cotas de operatividad de la presa, como en orden a haber permitido o tolerado que terceros hicieran uso de la apuntada toma provisoria, violando el régimen previsto "aguas arriba"; y c) si el Estado Nacional, en su condición de concedente, es responsable por no haber indicado debidamente a la concesionaria actora la existencia de dicha toma provisoria (es decir, por la existencia de construcciones no previstas en el pliego) y, en su caso, por no haber hecho lo necesario para evitar que terceros hicieran uso de ella.

4°) Que en el anexo N° I del pliego de bases y condiciones (anexo correspondiente a la descripción de los complejos sujetos a privatización), al describirse el "aliviadero principal" del embalse "El Cadillal", se indica que "...En el cuenco amortiguador se construyó una toma provisoria para agua potable, la que es alimentada por una válvula que se ha instalado en una perforación realizada en el muro vertedor..." (punto 2.3).

Cabe observar que dicho “aliviadero principal” –así descripto por el citado pliego– constituyó uno de los denominados “bienes cedidos” del complejo El Cadillal (véase punto 5, del subanexo II, Inventario del Contrato de Concesión), esto es, uno de los “...bienes dados en uso por parte del Estado Nacional y la Provincia de Tucumán a la sociedad concesionaria...” (punto 1.1 del contrato de transferencia –anexo II del pliego–).

En las condiciones precedentemente expuestas, es evidente que la actora no pudo ignorar que la referida toma provisoria formaba parte de instalaciones que recibía en calidad de “bien cedido”, y tampoco podía ignorar que ella tenía una afectación de uso especial, ajeno al propio de la concesión, pues se destinaba a extracción de agua para su potabilización.

Aun más: en el contrato de transferencia expresamente se estableció, con especial relación a los “bienes cedidos”, que el adjudicatario tendría acceso al complejo eléctrico “...para facilitar la preparación de los propios programas y métodos operativos a ser aplicados después de la toma de posesión...” (punto 5.2.1). Es decir, también le fue dada a la actora la posibilidad material de inspeccionar dicha toma provisoria como parte integrante de los “bienes cedidos”, por lo que si no lo hizo a fin de esclarecer cualquier duda, le corresponde estar a las consecuencias pertinentes, máxime frente a la declaración genérica que ella hizo en el citado contrato de transferencia en el sentido de que “...el adjudicatario y cada uno de sus integrantes declaran y garantizan que... han tenido oportunidad de revisar, evaluar y analizar los... bienes cedidos...” (punto 6.1, ap. e y f).

5°) Que, sentado lo anterior, cobran indudable y pleno vigor las previsiones del contrato de transferencia a las que se sometió la actora con relación a los reclamos vinculados a los “bienes cedidos”.

Según tales previsiones, la toma de posesión de los bienes cedidos se haría “...en el estado y lugar en que se encuentren, sin admitirse reclamos de ninguna especie...” (punto 5.2.2.1), obligándose la actora a la convocatoria de una asamblea ordinaria y extraordinaria, de carácter unánime, para “...ratificar la renuncia a todo reclamo frente al... Estado Nacional y a la Provincia de Tucumán con relación a los... bienes cedidos, cuyo estado de uso, conservación y mantenimiento es conocido y fue aceptado...” (punto 5.2.24, ap. h). Con relación a tales

actos se aclaró, además, que ellos debían ser ejecutados "...sin observaciones ni reservas ni condicionamientos de ninguna naturaleza, en virtud del previo conocimiento que el adjudicatario tuvo del estado de los... bienes cedidos así como de los términos del pliego y sus correspondientes anexos..." (punto 5.2.2.4, último párrafo).

6°) Que determinado que la actora conoció o debió conocer la existencia de la toma provisoria alojada en el paredón del muro vertedor con el fin de extracción de agua para su potabilización, cabe indagar si conoció o debió conocer que su utilización gravitaría en la operatividad de la central hidroeléctrica de la que se haría cargo.

Sobre el particular cabe señalar, ante todo, que en el acta acuerdo suscripta entre el Estado Nacional y la Provincia de Tucumán el 28 de marzo de 1995, referente a la privatización de la generación de energía hidroeléctrica de los aprovechamientos hidroeléctricos de las presas El Cadillal, Escaba y Pueblo Viejo, se dejó aclarado que se otorgaba a la concesionaria la responsabilidad por la operación, dejando a cargo de la provincia la administración de las cuencas. En dicha acta acuerdo se estableció, además, que los documentos del concurso contendrían "...normas que regulen la operación priorizando la seguridad pública, el medio ambiente y los usos consuntivos del agua...", y que la actividad de la empresa concesionaria estaría "...sujeta a las estrictas prioridades de los diferentes propósitos del agua y las normativas, consignas y restricciones operativas que establezcan las normas de 'manejo del agua' incluidas en el contrato de concesión que..., formará parte de los documentos del concurso..." (cláusula 7a.). Asimismo, se convino que la totalidad de los usos no eléctricos del embalse y del agua en general (piscicultura, navegación, deportes náuticos, consumo humano, industrial, animal, regadíos) no estaban incluidos en la cesión de uso al concesionario (cláusula 8a.).

Como se advierte, ya en el texto de la citada acta acuerdo del 28 de marzo de 1995 se dejó perfectamente aclarado que la operatoria de la presa El Cadillal quedaría subordinada a otras prioridades referentes al uso del agua, y que no se considerarían cedidos al concesionario usos distintos al necesario para la generación de electricidad.

En aplicación de lo anterior, el art. 3° del contrato de concesión (agregado como anexo III del pliego de bases y condiciones) dispuso que "...Las partes se sujetarán a las normas de... manejo de aguas...

que se establecen en este contrato, en salvaguarda de los siguientes objetivos prioritarios: la seguridad de las personas y de los bienes situados en la cuenca, la atenuación y control de las crecidas de los ríos y disponibilidad de agua para la bebida humana, usos domésticos de las poblaciones ribereñas y riego...".

Tales normas sobre "manejo de aguas" son las contenidas en el anexo III, subanexo IV, del contrato de concesión, formando parte de él.

En cuanto aquí interesa, ellas definieron el objeto del complejo El Cadillal aclarando que no sólo comprendía la generación de energía eléctrica, sino también la provisión de agua potable (art. 1), y que los caudales aportados por la cuenca hidrográfica –que lógicamente determinarían los márgenes de disponibilidad hídrica asignados para la producción de energía eléctrica– lo eran con descuento de los derivados para agua potable (art. 4.1, ap. "a").

Pues bien, de lo precedentemente reseñado surge con claridad que los requerimientos hídricos necesarios para la producción de energía eléctrica quedaban garantizados sólo después de atendidas otras prioridades, entre las que se contaba la disponibilidad de agua potable para el consumo humano. Dicha disponibilidad prioritaria de agua potable formó parte del marco operativo dado a la concesión, por lo que no pudo ser ignorada por la actora. Y, desde luego, ella comprendía racionalmente la posibilidad de que esa disponibilidad prioritaria se hiciera efectiva no sólo a través de la obra de toma existente en la pileta de aquietamiento del lago central, sino también mediante la toma provisoria ubicada en el labio del vertedero, pues indudablemente a ese efecto una y otra fueron mencionadas en la descripción general del complejo El Cadillal agregada al pliego de bases y condiciones. Además, debe observarse que de ninguno de los documentos que instrumentaron la privatización del aprovechamiento hidroeléctrico en cuestión resulta previsión alguna en el sentido de que toda el agua destinada al consumo humano debía ser extraída de la toma existente en el lago central con exclusión de cualquier aprovechamiento o utilización de la toma provisoria.

En suma, la actora conoció o debió conocer que la concesión que tomaba a su cargo tenía el condicionamiento de la previa satisfacción de otros intereses prioritarios, y que la satisfacción de ellos, como a la extracción de agua para su posterior potabilización, podía eventual-

mente ser lograda con el uso de la apuntada toma provisoria, lo cual naturalmente tendría repercusión en los márgenes de operatividad y producción de la central hidroeléctrica.

7°) Que de lo concluido precedentemente resulta otra observación relevante, cual es la de que la concesionaria actora no podía agraviarse por las consecuencias que se derivaran de la apuntada extracción hecha "aguas arriba", inclusive si se debía a la acción de terceros.

Esto último es lo que explica, precisamente, la existencia en el contrato de concesión de la cláusula según la cual "...la concesionaria no tendrá derecho a compensación alguna por parte del concedente ni de la Provincia de Tucumán con motivo de usos o aprovechamientos de cualquier índole ya existentes o que en el futuro se autoricen por parte del concedente o las provincias aludidas en la cuenca, aguas arriba o abajo del Complejo Hidroeléctrico..." (art. 11).

8°) Que, desde luego, la falta de derecho de la actora a ser compensada por las razones precedentemente expuestas no puede ser interpretada de un modo absoluto, pues es evidente que ese derecho de compensación debería nacer si la autoridad de aplicación admitiese aprovechamientos o usos "aguas arriba" que afectaran las condiciones hídricas de la presa El Cadillal al punto de volverlas inadecuadas para la generación de energía eléctrica, impidiéndose el cumplimiento del objeto del contrato de concesión.

Es con ese particular alcance que corresponde indagar, precisamente, la imputación de responsabilidad que la actora hace a la Provincia de Tucumán en cuanto a haber actuado arbitrariamente en la ejecución del denominado "manejo de aguas".

9°) Que las normas sobre "manejo de aguas" (anexo III, subanexo IV, del contrato de concesión) determinan que la autoridad de aplicación en esa materia es la Provincia de Tucumán o el ente en quien dicha provincia delegare las atribuciones y responsabilidades respectivas (punto 3.1; igual referencia en el contrato de concesión, art. 1° –definiciones–).

También determinan dichas normas los valores de niveles aptos para operar la presa El Cadillal, confiriendo a la autoridad de aplicación (o sea, a la provincia demandada) la facultad de autorizar modificaciones a las franjas de operación del embalse.

En efecto, en el punto 3.4, ap. 1, se establece que la franja de operación normal del embalse es la comprendida entre: a) el nivel de alerta de crecidas, fijado en 607,40 m.s.n.m; y b) el nivel mínimo normal, que es definido por la autoridad de aplicación en cada año hidrológico, y que permite satisfacer la demanda de agua potable y la explotación económica de la central (punto 3.3). Por debajo de dicha franja de operación normal se encuentra, según las reglas examinadas, el nivel mínimo de turbinado, que es aquel sin el cual las turbinas de la central hidroeléctrica no pueden funcionar, y que el contrato de concesión fijó en 577,50 m.s.n.m. (punto 3.3). El instrumento establece, de modo expreso, que "...Para cumplir con sus objetivos, los embalses deberán operarse entre sus cotas mínimas y máximas de operación normal..." (art. 5.1).

Ahora bien, como se dijo, la autoridad de aplicación se reservó la facultad de modificar las franjas de operación del embalse (inclusive a pedido de la propia concesionaria; art. 6.1, del régimen de "manejo de aguas"), lo cual, por regla, no daría derecho a reclamo alguno pues, tal como se pactó en el art. 9.2. del contrato de concesión, "...La concesionaria tampoco podrá reclamar indemnización alguna por modificaciones de los subanexos III, IV y VI (seguridad de presas, manejo de agua y protección del ambiente)..., cuando tales modificaciones tuvieran fundamento técnico y respondieran al interés general...".

En los hechos, la Provincia de Tucumán, procedió a modificar en distintos momentos tanto el nivel mínimo de alerta de crecidas, como el nivel mínimo normal, en ambos casos correctamente, según las conclusiones del peritaje hidráulico realizado por el ingeniero Eduardo A. Scarpati.

En efecto, la modificación del nivel mínimo de alerta de crecidas se justificó, en opinión del experto, por la necesidad de cumplir con las prioridades establecidas en el pliego, y con el fin de mantener la erogación máxima de aguas abajo en el valor de crecida ordinaria también fijado en el pliego licitatorio. En tal sentido, observó que una de tales prioridades era la atenuación de crecidas, en función de la cual la concesionaria actora debía ejecutar con carácter de trabajo obligatorio una red de alerta de crecidas. Como este último trabajo no fue cumplido por la concesionaria actora, la autoridad de aplicación se vio forzada a establecer una cota de embalse menor a la de 607,40 m.s.n.m. determinada en el pliego, a fin de no sobrepasar el valor máximo de

erogación de crecidas también fijado en el pliego, que de no ser respetado produciría graves daños aguas abajo a vidas, infraestructura y propiedades (fs. 644 vta./645).

En cuanto al nivel mínimo normal, la Provincia de Tucumán, a través de la Comisión de Embalse y Desembalse, lo determinó a partir de 1996 en la cota de 590,00 m.s.n.m., lo cual también implicó una actuación correcta desde el punto de vista técnico pues, según lo concluyó el ingeniero Scarpati, dicha cota garantizaba los usos consuntivos "aguas abajo" teniendo en cuenta la calidad del fluido en función de sus posibilidades reales de potabilización (fs. 575 vta.), y aseguraba el correcto funcionamiento de la toma flotante con la que se capta agua desde el embalse, ya que debajo de ese nivel las bombas no son eficientes para enviar el caudal que debe recorrer la tubería necesario para alimentar la planta potabilizadora (fs. 584 vta.).

Del dictamen pericial surge, en síntesis, que la Provincia de Tucumán no ha actuado con la arbitrariedad que le imputa la actora. En efecto, la disminución del nivel de alerta de crecidas que, lógicamente, restringió la denominada franja de operación normal, está causalmente vinculada al incumplimiento de la actora en la construcción de la red de alerta de crecidas, por lo que mal puede afirmar que, en este aspecto, lo actuado por la Provincia de Tucumán hubiese sido arbitrario. Por su lado, la cota correspondiente al nivel mínimo normal fue fijada por dicha demandada, en ejercicio de facultades propias, con fundamento técnico suficiente y teniendo en mira el interés general, por lo que tampoco desde esta perspectiva su actuación ha sido reprochable.

Como síntesis de todo lo dicho, el peritaje ha señalado que, valorada toda la situación, el manejo de aguas ha estado de acuerdo con las prioridades del pliego de licitación, liberando líquido o reteniéndolo (fs. 586).

Sólo resta añadir a lo anterior que la invocación que ha hecho la actora de la cota de 577,50 m.s.n.m. (correspondiente al nivel mínimo de turbinado) para calcular los daños por los que reclama, no puede considerarse porque, en rigor, ella no está relacionada con ninguna franja de operación, tal como también lo precisó el perito (fs. 576 vta.); y que tampoco puede ser aceptada la impugnación que dicha parte hiciera al experto respecto de las conclusiones que derivara de la falta de ejecución –en el carácter de obra obligatoria a cargo del concesio-

nario– de la red de alerta de crecidas (fs. 667 y 673 vta.), porque: a) la cuestión referente a la influencia que la no ejecución de esa obra tuvo en las disposiciones del manejo de aguas se encontraba expresamente contemplada en el punto 7 ofrecido por la provincia demandada, reformulado a fs. 485 vta.; y b) la aprobación que, según la actora, la O.R.S.E.P. habría dado al mencionado sistema de alerta hidrológico a fines de 2001, a partir de un pedido de aquélla realizado el 28 de noviembre de 2001 (fs. 667/667 vta.), comprueba por sí misma la ausencia de su actuación en el periodo anterior 1996/2000 que es, precisamente, el reclamado en autos (fs. 105).

10) Que tampoco puede sostenerse que la Provincia de Tucumán hubiera actuado arbitrariamente al autorizar o tolerar el uso por parte de terceros de la toma provisoria existente en el labio del vertedero.

Ya se ha señalado que la existencia de esa toma y su uso por terceros no eran desconocidos por la actora, ni podían serlo, pues de la documentación pertinente surgía lo uno y lo otro. Al ser ello así, mal pudo la Provincia de Tucumán perjudicar los derechos de la concesionaria actora por autorizar o tolerar ese uso, ya que esos derechos reconocían necesario límite en este último.

Por lo demás, tal autorización o tolerancia respondió a razones atendibles, no ajenas al conocimiento de la actora, que han sido explicitadas adecuadamente por el peritaje hidráulico.

En efecto, según lo expresa el ingeniero Scarpati, "...con respecto al abastecimiento de agua potable, la autoridad de aplicación ha procedido a abastecer del líquido a la ciudad de San Miguel de Tucumán en las únicas condiciones posibles. Ello es así, teniendo en cuenta las condiciones de calidad de agua del fondo del lago de octubre a marzo y las instalaciones de la planta potabilizadora no adecuadas para tratar las provenientes del turbinado, en el lapso aludido. El pliego licitatorio describe dos tomas para agua potable: la de la pileta de aquietamiento de la central, que corresponde al diseño original del complejo, y la del orificio del vertedero que se construyó como toma auxiliar en los años 80. En el pliego licitatorio no se dice explícitamente que toda el agua de bebida deba ser obtenida de la pileta del central luego del turbinado, por más que ese haya sido el criterio original de la obra (sin problemas de turbiedad y mala calidad de agua de fondo, aparecidos con el paso del tiempo). Se habla de toma

provisoria... pero no se fija fecha para el comienzo del reemplazo ni del tipo de obra de reemplazo. Se aclara que, en caso de salida de servicio de la Central por mantenimiento y reparaciones, y en caso de necesidad de vaciado de la pileta de aquietamiento a la salida de la Central esta toma auxiliar es la única alternativa de abastecimiento de agua para bebida. Dadas las condiciones de deterioro de la calidad del agua por turbiedad y edad del lago, la toma por orificio se ha convertido en insustituible..." (fs. 644/644 vta.). Y frente al punto pericial que interrogó acerca de si fueron razonables los fundamentos brindados por la autoridad de aplicación con respecto al cambio del punto de toma, el experto dijo: "...Finalmente entonces, las limitaciones de las instalaciones existentes en la planta de tratamiento de aguas, la falta de una toma adecuada para el agua potable, con sólo una prevista originalmente a la salida del turbinado, los problemas del agua para su potabilización, el riesgo para la salud de la población de San Miguel de Tucumán, y la importancia de esta fuente de abastecimiento que provee hasta el 60% del agua de la ciudad –a mi entender– justifican técnicamente las medidas adoptadas..." (fs. 647/647 vta.).

En este punto, frente a las impugnaciones realizadas por la actora al peritaje en los aspectos precedentemente indicados (correspondientes a los puntos 6 y 8 del cuestionario de la provincia demandada), cabe observar, en primer lugar, que la conclusión según la cual la autoridad de aplicación procedió a abastecer de agua a la capital tucumana "en las únicas condiciones posibles", así como el fundamento dado a esto último por el experto, no implicó –a contrario de lo postulado a fs. 672– un exceso en el cometido que le fue asignado, pues el tema estaba comprendido en el informe que se le pidió acerca de "...si la autoridad de aplicación realizó modificaciones, que puedan considerarse razonables, a las normas técnicas de manejo de agua en el contexto en que se presentaba cada situación..." (fs. 485); y, en segundo lugar, que la impugnación fundada en la falta de indicación por el perito de los documentos que darían cuenta de las alteraciones temporales en el agua que justificaron cambios en el punto de toma (fs. 674), no se sostiene porque a ese efecto el experto hizo mérito de las actuaciones correspondientes a la Comisión de Embalse y Desembalse (fs. 647), cuyo informe de fs. 353/359 corrobora enteramente lo concluido en el peritaje, sin que la actora, por otra parte, haya ofrecido prueba alguna tendiente a acreditar la inexistencia de las condiciones de turbiedad, bajo nivel de oxígeno, etc. que se afirman como productoras de aquellas alteraciones temporales.

11) Que las dos imputaciones de responsabilidad que realiza la actora contra el Estado Nacional son también inadmisibles.

En orden a la primera, referente a la existencia de construcciones no previstas en el pliego, cabe reiterar –una vez más– lo ya expuesto en el sentido de que en dicho documento, al describirse el "aliviadero principal", se mencionó expresamente la existencia de una toma provisoria en el labio del vertedero para la extracción de agua para su potabilización, y que en el inventario del contrato de concesión dicho "aliviadero principal" figuró como uno de los "bienes cedidos", con respecto a los cuales, en general, la concesionaria tuvo amplio derecho de inspección, manifestó haber tenido oportunidad de revisarlos, evaluarlos y analizarlos, tomó su posesión en el estado en que se encontraban, y renunció a todo tipo de reclamos frente al Estado Nacional y a la Provincia de Tucumán.

En cuanto a la segunda –según la cual la concedente es responsable por haber consentido un manejo de aguas perjudicial a los intereses de la concesionaria– baste señalar que habiéndose descartado la existencia de arbitrariedad en el manejo de aguas realizado por la Provincia de Tucumán, resulta ociosa cualquier imputación de ese tipo realizada contra el Estado Nacional quien, por lo demás, no era la autoridad de aplicación en la materia.

De todo lo expuesto hasta aquí se desprende, en consecuencia, la improcedencia de la demanda.

Por ello, se decide: Rechazar la demanda, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti.

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6°, incs. a, b, c y d; 7°, 9°, 11, 37

y 38 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, se regulan los honorarios de los doctores Maximino Daniel Braga Rosado, Patricia S. Manes Marzano y Gustavo Víctor Daneri, en conjunto, por la dirección letrada de la parte actora en la suma de setenta y un mil trescientos pesos ($ 71.300); los de los doctores María Ida A. A. Ricardone, María Cecilia Pintos Prat, Guillermo Ignacio Jesús Hunter y Silvia M. Palacios, en conjunto, por la dirección letrada y representación del Estado Nacional en la de ciento nueve mil setecientos pesos ($ 109.700) y los de los doctores Adolfo Daniel Olmedo, Sara Fauze y Graciela C. Jure de Herrera, en conjunto, por la dirección letrada y representación de la Provincia de Tucumán en la de ciento nueve mil setecientos pesos ($ 109.700).

Asimismo, regúlanse los honorarios de los peritos designados únicos de oficio: ingeniero civil Eduardo Augusto Scarpati en la suma de cuarenta y seis mil pesos ($ 46.000) y los del contador Raúl Horacio Diez en la de cuarenta mil setecientos pesos ($ 40.700). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el suscripto reitera el criterio expuesto en la disidencia pertinente de Fallos: 322:2961, acerca de la inclusión de los intereses en la base regulatoria, lo que así se resuelve. Notifíquese.

ANTONIO BOGGIANO.

Demanda interpuesta por **el presidente del directorio de Hidroeléctrica Tucumán S.A. José Dario Clebañer**, con el patrocinio de los Dres. **M. Daniel Braga Rosado; Patricia S. Manes Marzano y Gustavo V. Daneri.**
Traslado contestado por **el Estado Nacional y la Provincia de Tucumán,** representado por los Dres. **(Estado Nacional) María Ida A. A. Ricardone; María Cecilia Pinto Prat; Guillermo I. J. Hunter y Silvia M. Palacios** y por la **Provincia de Tucumán Dres. Sara Fauze; Adolfo Daniel Olmedo y Graciela C. Jurez de Herrera.**

HORACIO OSCAR CINTIONI

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Resulta competente la justicia federal si del relato de los hechos efectuado por los magistrados en sus respectivas declinatorias resultaría que se habría comprometido la salud pública mediante la comercialización clandestina de fármacos potencialmente nocivos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

Entre el Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial de La Matanza y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 con asiento en Morón, ambos de la provincia de Buenos Aires, se suscitó la presente contienda negativa en la causa instruida por infracción al artículo 201 del Código Penal.

Reconoce como antecedente el procedimiento llevado a cabo en una feria situada en la localidad de San Alberto, en el que se habría comprobado que algunos puestos allí instalados vendían al público, en forma ilegal, especialidades medicinales de distinto tipo y forma de comercialización. Así, se habrían incautado productos de venta libre, de venta bajo receta, de venta bajo receta archivada y otros de entrega gratuita por parte del Ministerio de Salud bonaerense.

Asimismo, habrían hallado tanto en los puestos como en los inmuebles allanados, medicamentos a los que habían borrado el número de lote y la fecha de vencimiento, así como también sustancias fraccionadas en bolsitas que carecían de información sobre su composición, laboratorio de origen y contraindicaciones.

Por último, también surge del legajo el secuestro de fármacos como “Oxaprost” cuyo uso requiere estricto control médico (conf. fs. 10 vta.

y 19 vta.) y “Qura” que registra prohibición de venta (conf. fs. 11 y 19 vta.)

La justicia local, luego de realizar varias diligencias y de dictar la prisión preventiva de algunos de los imputados, entendió que la conducta investigada afectó la salud pública que se encuentra bajo estricto control del Estado nacional. Por ello y con fundamento en la doctrina de Fallos: 315:1872; 320:1997 y Competencia N° 814, XXXIX *in re* “Ricci Jonathan Sebastián s/ robo calificado en grado de tentativa y otros” resuelta el 16 de septiembre de 2003, declinó la competencia en favor de la justicia federal (fs. 1/17).

A su turno, esta última rechazó el planteo por considerar que los hechos se adecuan a la figura penal prevista en el artículo 201 del Código Penal y no a los supuestos contemplados por la ley 23.737, en particular los artículos 204 a 204 quater del Código Penal, que habilitarían su competencia según los precedentes citados.

Por lo demás, al sostener que no se produjo una afectación a los intereses del Estado devolvió las actuaciones al remitente (fs. 18/21), que mantuvo su postura y consideró trabado el conflicto (fs. 23/24 y 25).

Esta resolución fue confirmada por la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de La Matanza, en razón del recurso interpuesto por la defensa de uno de los imputados (fs. 52/54).

Con la elevación del incidente a la Corte, quedó finalmente trabada la contienda (fs. 60).

Más allá de las escasas constancias incorporadas al incidente y sin perjuicio de la calificación que corresponda en definitiva, toda vez que del relato de los hechos efectuado por los magistrados en sus respectivas declinatorias resultaría que se habría comprometido la salud pública mediante la comercialización clandestina de fármacos potencialmente nocivos –circunstancia reconocida por ambos– opino que es la justicia federal la que debe entender en estas actuaciones (Competencia N° 1228, XXXIX *in re* “Rivero, Héctor I. y otros s/ causa 195.505”, resuelta el 11 de diciembre de 2003). Buenos Aires, 28 de febrero de 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

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 Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de Morón, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial de La Matanza con asiento en la provincia mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

MARIA GRISELDA MIRRA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Del contexto de la ley 23.737 se infiere que el legislador decidió penalizar no sólo los hechos relacionados con el comercio de estupefacientes sino también aquellos otros en los que, por algún medio, se lesione o afecte la salud pública en general como consecuencia de una comercialización indiscriminada de medicamentos que pueda ponerla en peligro.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Es competente la justicia federal, por encontrarse comprometida la salud pública, si en la farmacia investigada se secuestraron medicamentos cuya comercia-

lización estaba prohibida, fármacos vencidos o con el número de lote y fecha de vencimiento recortados –entre los que figuran psicotrópicos incluidos en la lista IV de la ley 19.303– y preparados magistrales que no cumplían con los requisitos exigidos por las normas que los regulan.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

Entre el Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 con asiento en la misma ciudad, ambos de la provincia de Buenos Aires, se suscitó la presente contienda negativa en la causa instruida a raíz de la inspección practicada por la Dirección de Políticas de Medicamentos del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, en una farmacia situada en la localidad de Villa Diamante.

En esa oportunidad se comprobó, entre la mercadería dispuesta para la venta, la existencia de especialidades medicinales con signos de adulteración en el número de lote y fecha de vencimiento, preparados con anterioridad a la presentación de una receta médica que los solicite, así como también productos con prohibición de comercialización por parte de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología.

A solicitud de la fiscalía, la magistrada local encuadró la conducta denunciada en la infracción prevista en el artículo 204 del Código Penal, incorporado por la ley 23.737, y declinó su competencia en favor de la justicia federal (fs. 14).

Esta última, por su parte, luego de la realización de algunas diligencias instructorias, rechazó el planteo. Sostuvo, para así resolver, que no contando en autos con los medicamentos y preparados magistrales incautados, entendía que el hecho a investigar encuadra en la figura del artículo 201 del Código Penal.

Por ello, devolvió el sumario al juzgado de origen (fs. 59/60), que mantuvo su criterio y elevó el incidente a la Corte (fs. 61).

Sin perjuicio de advertir que la contienda no se encontraría correctamente trabada, en tanto el juez federal al realizar diligencias procesales promovió un nuevo conflicto en el que no tuvo oportunidad de insistir o desistir, razones de economía procesal y mejor administración de justicia aconsejan prescindir de los reparos formales y resolver la cuestión sin más trámites (Fallos: 323:3637 y 326:899).

V. E. tiene resuelto que del contexto de la ley 23.737 se infiere que el legislador decidió penalizar no sólo los hechos relacionados con el comercio de estupefacientes –y a los que, en principio, apuntarían la mayoría de las conductas previstas– sino también aquellos otros en los que, por algún medio, se lesione o afecte la salud pública en general como consecuencia de una comercialización indiscriminada de medicamentos que pueda ponerla en peligro (Fallos: 315:1872 y 320:1997, y Competencias N° 814, XXXIX *in re* "Ricci, Jonathan Sebastián s/ robo calificado en grado de tentativa y otros" y N° 1228, XXXIX *in re* "Rivero, Héctor Ignacio y otros s/ causa 195505", resueltas el 16 de septiembre y el 11 de diciembre de 2003, respectivamente).

Ahora bien, del análisis de las constancias incorporadas al incidente surge que en la farmacia investigada se secuestraron medicamentos cuya comercialización estaba prohibida, fármacos vencidos o con el número de lote y fecha de vencimiento recortados –entre los que figuran psicotrópicos incluidos en la lista IV de la ley 19.303– y preparados magistrales que no cumplían con los requisitos exigidos por las normas que los regulan (conf. fs. 1 vta., 22 y 56).

Por otra parte, el informe del Departamento de Ciencias Biológicas de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad Nacional de La Plata expresa que una vez producido el vencimiento de un producto no se puede asegurar que mantenga su pureza, efectividad, potencia e inocuidad (conf. fs. 58).

En tales condiciones, parece razonable sostener que se habría comprometido la salud pública, por lo que, en consonancia con la doctrina enunciada, opino que es la justicia federal la que debe entender en estas actuaciones. Buenos Aires, 31 de marzo de 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

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 Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con asiento en la provincia mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

COMPAÑIA DE ACRILICO S.A. v. A.F.I.P.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y, en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones previsionales.

Corresponde radicar ante el fuero de la Seguridad Social la acción que tiene por objeto determinar si una deuda previsional ha sido bien ejecutada conforme a lo dispuesto en el art. 2°, inc. e) de la ley 24.655 o si por el contrario debe admitirse la repetición reclamada, ya que en dicho fuero se ha ventilado la causa que genera la promoción de ésta (art. 6, inc. 6°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La actora interpuso acción de repetición, por ante el Tribunal Fiscal de la Nación, contra la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Dirección General Impositiva, por las sumas abonadas en concepto de intereses resarcitorios, punitorios y honorarios profesionales, a raíz de la ejecución por aportes y contribuciones del sistema de seguridad social que dedujera, indebidamente –dijo– dicho organismo, en su contra. Expresó, también, que la demandada llevó adelante la ejecución sin advertir que los montos en cuestión habían sido compensados, conforme surge de la documentación que se acompañó en la causa "Fisco Nacional –D.G.I.– c/ Compañía de Acrílico S.A. S/ ejecución fiscal" que tramitó por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nro. 7. Basó su acción en los arts. 81 y concordantes de la ley 11.683 y en al artículo 792 del Código Civil (ver fs. 8/11).

A fs. 17/18, dicho tribunal declaró su incompetencia y remitió los actuados al fuero de Seguridad Social donde asignado al Juzgado Nro. 5, su titular, en concordancia con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público, los derivó al mencionado Juzgado Nro. 7 (ver fs. 25), quien se declaró incompetente en razón del grado y los elevó a la Cámara respectiva.

A fs. 95, la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, se declaró igualmente incompetente y remitió los autos al fuero en lo Contencioso Administrativo Federal, y, el magistrado a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 1, también se desprende de las actuaciones, y, a fin de que continúen con su trámite, devuelve los actuados al referido tribunal de Seguridad Social Nro. 7.

En tales condiciones, quedó planteado un conflicto de competencia que corresponde a V.E., dirimir, de conformidad con lo previsto por el art. 24, inciso 7mo., del decreto ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Cabe destacar que V.E. tiene reiteradamente dicho que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y, en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión (v. Fallos: 308:229; 310:116; 311:172; 313:971, entre otros).

En ese marco estimo que la causa deberá quedar radicada ante el fuero de la Seguridad Social. Así lo pienso, por cuanto el objeto de la acción es determinar si una deuda previsional ha sido bien ejecutada conforme a lo dispuesto en el art. 2do., inciso e) ley 24.655, o si por el contrario debe admitirse la repetición reclamada. Consecuentemente principios de celeridad procesal y buen servicio de justicia así lo recomiendan toda vez que, como el mismo actor destacó, en dicho fuero se ha ventilado la causa que genera la promoción de la presente (art. 6, inc. 6to. del C.P.C.C.).

Por lo tanto opino que este proceso deberá seguir tramitando por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nro. 7, al que se lo deberá remitir a sus efectos. Buenos Aires, 9 de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 7, al que se le remitirán, por intermedio de la Sala I de la cámara de apelaciones de dicho fuero. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación y Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5.**

CENTRAL TERMICA GÜEMES S.A.
v. EMPRESA DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Principios generales.

La materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal (art. 116), el primer supuesto lleva el propósito de afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima, mientras que el segundo procura asegurar esencialmente la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas excluidas de la competencia federal.

Resulta competente la justicia local si ninguna de las partes tiene derecho a litigar en el fuero de excepción y, si bien la actividad de ambas se encuentra regida por normas de carácter federal referidas a la generación y distribución de energía eléctrica, no se encuentra en juego su aplicación e interpretación en forma directa, sino que se trata de una medida cautelar solicitada con sustento en la relación contractual que vincula a las partes, la cual se habría visto afectada por las normas que se dictaron a raíz del estado de emergencia económica (ley 25.561 y decretos 214/02 y 320/02).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas excluidas de la competencia federal.

Resulta competente la justicia local si la relación comercial se encuentra sometida al régimen de derecho común, en virtud de lo dispuesto por el art. 4° de la ley 15.336, modificado por el art. 89 de la ley 24.065, que establece que las operaciones de compra o venta de electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se reputarán actos comerciales de carácter privado en cuanto no comporten desmedro a las disposiciones de la ley.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La presente contienda de competencia se origina en la medida cautelar solicitada por Central Térmica Güemes S.A. (en adelante CTG) contra Distribuidora de Gas de Salta S.A. (en adelante EDESA), a fin de que se disponga el embargo preventivo de las sumas de dinero que le pudieran corresponder en concepto de suministro de energía eléctrica, según lo estipulado en el Acta Acuerdo de prórroga del contrato de abastecimiento que aquéllas celebraron en abril de 2001, respecto de los pagos efectuados a partir de enero de 2002, como consecuencia de la conversión compulsiva a pesos del precio pactado en dólares e imposición legal del CER, en virtud de la ley 25.261, el decreto 214/02 y sus normas concordantes, complementarias y modificatorias (fs. 98/105).

– II –

A fs. 119, la actora manifestó que, tal como surge de las fotocopias que acompaña (obrantes a fs. 116/118), la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación, Distrito Judicial del Centro de la Provincia de Salta, se declaró incompetente para entender en la presentación formulada ante ella con el mismo objeto y ordenó el archivo de las actuaciones. Para así decidir, la jueza local consideró que en la cláusula decimocuarta del contrato de suministro de energía eléctrica, las partes aceptaron someter cualquier conflicto o controversia, en forma previa y obligatoria, al Ente Regulador de la Electricidad (en adelante ENRE) y que, en todo aquello en lo que el ENRE no fuera competente, se acordó la jurisdicción de los tribunales federales radicados en la provincia con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción. Además, en dicho contrato se estableció la aplicación de las leyes 15.336, 24.065, el decreto 1398/92 y diversas resoluciones de la Secretaría de Energía Eléctrica, lo cual trae como consecuencia que la cuestión debatida en autos se encuentra sometida al juzgamiento de normas federales.

A fs. 124/127, el titular del Juzgado Federal N° 1 de Salta –en contra del dictamen fiscal– también se declaró incompetente, al entender

que no se discute sobre cuestiones que interesan al servicio público en sí, ni el sentido, alcance, interpretación y aplicación de la ley 24.065, sino que se trata de un asunto concerniente a las relaciones comerciales de las partes, regidas exclusivamente por el derecho privado (art. 4° de la ley, 15.336 modificado por el art. 89 de la ley 24.065).

En cuanto a la aplicación al caso de la ley 25.561 y de los decretos 214/02 y 320/02, sostuvo que no se configura la situación prevista por los arts. 1° y 6° de la ley 25.587, que determinan la competencia de la justicia federal y añadió que, cuando la controversia gira en torno a una relación jurídica que involucra a las partes en su relación de derecho privado respecto a la forma de cumplimiento, su adecuada solución requiere el conocimiento de normas de derecho privado, así como la intervención de la justicia provincial, a quien le atribuyó la competencia.

A fs. 132, la jueza local antes mencionada libró oficio al juez federal con el objeto de devolver las actuaciones, en virtud de que habría dictado una providencia en el Expte. N° 102.732/4, en trámite ante el juzgado a su cargo, en la que dispuso "Habiéndome pronunciado acerca de la competencia para intervenir en los presentes autos, remítase el Expediente N° 1-266/04, juntamente con la documentación acompañada al Juzgado Federal a sus efectos".

– III –

Ante todo, advierto que la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación, Distrito Judicial del Centro de la Provincia de Salta omitió pronunciarse expresamente acerca de su competencia para entender en este proceso (Expte. N° 1-266/04) y se limitó a remitir un oficio haciendo referencia a lo expuesto en otro expediente que tramita ante el juzgado a su cargo. Sin embargo, considero que razones de economía procesal aconsejan dejar de lado tales reparos formales y resolver la cuestión de competencia suscitada, en los términos del art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– IV –

Cabe recodar que, a los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia, es preciso atender de modo principal a la exposición de los

hechos que la actora efectúa en la demanda (art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (Fallos: 308:2230; 320:46; 324:4495, entre otros).

Asimismo, V.E. señaló que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal (art. 116). En uno y otro supuesto, dicha competencia de excepción responde a distintos fundamentos. Así, el primero lleva el propósito de afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima, mientras que el segundo procura asegurar esencialmente la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (Fallos: 311:919; 318:992, entre otros).

Habida cuenta de ello, estimo que este proceso corresponde a la justicia local, pues no se configura ninguno de los supuestos para que proceda la jurisdicción federal *ratione personae* o *ratione materiae*. En efecto, por un lado, ninguna de las partes tiene derecho a litigar en dicho fuero de excepción y, por el otro, si bien la actividad de ambas se encuentra regida por normas de carácter federal referidas a la generación y distribución de energía eléctrica, en el *sub lite* no se encuentra en juego su aplicación e interpretación en forma directa, sino que se trata de una medida cautelar solicitada con sustento en la relación contractual que vincula a las partes, la cual se habría visto afectada por las normas que se dictaron a raíz del estado de emergencia económica (ley 25.561 y decretos 214/02 y 320/02). Dicha relación comercial se encuentra sometida al régimen de derecho común, en virtud de lo dispuesto por el art. 4° de la ley 15.336, modificado por el art. 89 de la ley 24.065, que establece que las operaciones de compra o venta de electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se reputarán actos comerciales de carácter privado en cuanto no comporten desmedro a las disposiciones de la ley.

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que se encuentre en juego la aplicación de las normas dictadas en materia de emergencia económica al contrato celebrado entre las partes, toda vez que no se dan los presupuestos previstos por los arts. 1° y 6° de la ley 25.587 a los efectos de determinar la competencia de los tribunales federales.

– V –

Por ello, opino que este proceso debe continuar su trámite ante la justicia de la Provincia de Salta. Buenos Aires, 23 de marzo de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia de la provincia de Salta. Remítase el expediente a la Corte de Justicia de dicha jurisdicción a sus efectos y hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 con asiento en la mencionada provincia.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

TELEFONICA DE ARGENTINAS S.A.
v. MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL DE TUCUMAN

EXHORTO: Cuestiones de competencia.

En el exhorto, medio de comunicación entre órganos judiciales, debe existir, como regla, identidad o analogía entre la competencia por razón de la materia del exhortante y del exhortado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

EXHORTO: Cuestiones de competencia.

Corresponde conocer a la justicia federal, si el exhorto fue librado por el juez federal de Tucumán, ante quien tramita el proceso principal y, en consecuencia,

no parece razonable sostener que el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires tenga una competencia análoga.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

El titular del Juzgado Federal N° 1 de Tucumán libró exhorto en los términos de la ley 22.172 al "Señor Juez Federal que por turno corresponda de la Ciudad de Buenos Aires", a fin de que proceda al sorteo de un perito contador. Dicha medida fue adoptada en el marco de la acción declarativa que promovió la empresa Telefónica de Argentina S.A., a fin de obtener certeza en la relación que la vincula con la Municipalidad de San Miguel de Tucumán en materia de patentes sobre las actividades comerciales, industriales y/o de servicios.

– II –

La titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, ante quien se presentó el exhorto, se declaró incompetente, al considerar que no se justifica la competencia federal en razón de la persona y que el tema de fondo es de naturaleza local.

A su turno, el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, en contra de lo dictaminado por la fiscal, se declaró competente (fs. 96), pero dicho pronunciamiento fue revocado por la Cámara del fuero (Sala II) con fundamento en lo dispuesto por el art. 1° del Convenio sobre comunicación entre tribunales de distinta jurisdicción territorial, aprobado por el art. 1° de la ley 22.172.

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto negativo de competencia, que V.E. debe dirimir en los términos del art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– III –

Ante todo, cabe señalar que V.E. tiene dicho que en el exhorto, medio de comunicación entre órganos judiciales, debe existir, como regla, identidad o analogía entre la competencia por razón de la materia del exhortante y del exhortado (Fallos: 313:1218).

Sentado ello, estimo que en el *sub lite* debe conocer la justicia federal, por la sencilla razón de que el exhorto fue librado por el juez federal de Tucumán, ante quien tramita el proceso principal y, en consecuencia, no parece razonable sostener que el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires tenga una competencia análoga.

En tales condiciones, al tratarse del sorteo de un perito contador, en el marco de una causa donde se debate la incidencia de un gravamen sobre el servicio de telecomunicaciones, entiendo que resulta competente la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, por intermedio del Juzgado N° 10, que intervino en la contienda. Buenos Aires, 10 de marzo de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de la Sala II de la cámara de apelaciones de esa jurisdicción.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco.

LUIS EMILIO ACUÑA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Si del análisis de los elementos de juicio incorporados al incidente no se advierte hasta el presente la configuración de alguno de los supuestos de excepción contemplados en el art. 1° de la ley 24.051, corresponde declarar la competencia de la justicia local para conocer en la causa, sin perjuicio de lo que resulte de la investigación ulterior.
–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 suscitada entre los titulares del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1, y del Juzgado de Garantías N° 1, ambos de Morón, provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa donde se investiga la contaminación en las napas de agua, presuntamente producidas por la colocación de un sistema de eliminación de efluentes cloacales por inyección en el suelo, en algunos establecimientos dependientes de la Municipalidad de Hurlinghan.

En el curso de la investigación, el sistema fue retirado de los lugares donde habían sido colocados en cumplimiento de una disposición de carácter administrativa dispuesta por la autoridad del agua de la provincia de Buenos Aires.

El magistrado federal, luego de realizar varias diligencias instructorias, se inhibió para seguir conociendo en los hechos denunciados con fundamento en que aún en el caso en que se hubiera comprobado que los residuos contaminaron la napa freática, no surge de las medidas probatorias realizadas que las descargas volcadas al suelo mediante ese sistema de inyección pudieron afectar a las personas o al ambiente fuera del límite de la provincia de Buenos Aires.

Asimismo, sostuvo que los residuos supuestamente contaminantes eliminados a través de aquel sistema, no son otros que los cloacales

asimilables a los domiciliarios y como tales, excluidos de los preceptos de las leyes 24.051 y 25.612 (fs. 677/689).

La justicia provincial, a su turno, rechazó la competencia atribuida por considerarla prematura, pues no se encuentra acreditado en el legajo si la sustancia contaminante puede ser considerada residuo peligroso, supuesto que habilitaría, a su criterio, la competencia del fuero de excepción (fs. sin numerar).

Vuelto el incidente al juzgado de origen, su titular, mantuvo su postura y dio por trabada la contienda (fs. 704/707).

Toda vez que del análisis de los elementos de juicio incorporados al incidente (ver informe preliminar y presupuesto de la Policía Federal Argentina, declaración testimonial de fs. 111/112, e informe de la Secretaría de política ambiental de la provincia de Buenos Aires) no se advierte, hasta el presente, la configuración de alguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 1° de la ley 24.051, que habilitan su aplicación, opino que, de acuerdo a la doctrina del Tribunal en Fallos: 325:269, corresponde declarar la competencia de la justicia local para conocer en la causa, sin perjuicio de lo que resulte de la investigación ulterior (Competencia N° 368, XL, *in re* "Escobar, Adrián Hernando s/ av. pta. inf. ley 24.051", resuelta el 29 de junio de 2004). Buenos Aires, 10 de marzo del año 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

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° 1 del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hága-

se saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de Morón, con asiento en la provincia mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DANIEL ARMANDO BASILE

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Tanto las declaraciones del denunciante como del imputado, pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de determinar la competencia aunque no estén plenamente corroboradas, en la medida en que no se encuentren desvirtuadas por otros elementos del expediente.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas excluidas de la competencia federal.

Si de los términos de la denuncia surgen, en forma precisa y concreta, imputaciones a policías y funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, corresponde a los magistrados de ese Estado investigar los hechos que involucran a sus autoridades y, en tanto la intervención del fuero de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación, corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para proseguir 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:

La presente contienda negativa de competencia finalmente trabada entre los titulares del Juzgado Federal y del Juzgado de Garantías N° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, provincia de

Buenos Aires, se refiere a la causa instruida por la denuncia del Diputado Nacional Daniel Armando Basile.

Allí refiere que en una emisión del programa televisivo "Juego Limpio", el señor Marcelo Sain, ex-funcionario del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que la corrupción de la policía provincial se origina en la vinculación existente entre sus máximas autoridades y el poder político. En este sentido, agregó que algunos intendentes habrían solicitado por teléfono, para sus distritos, la designación del comisario y que, concretamente, en los municipios de Lanús y San Fernando existe connivencia entre las autoridades políticas y la policía.

El juez federal, de conformidad a lo requerido por el representante de este Ministerio Público, se inhibió para conocer en la causa con base en que los hechos denunciados no suscitan la competencia del fuero de excepción, en tanto, en ellos, se vincula a policías y funcionarios políticos provinciales (fs. 13).

A su turno, el juez local rechazó el planteo por prematuro. Sostuvo que no estuvo precedido de la investigación necesaria para determinar a que funcionarios se hace referencia en la denuncia, y que no puede descartarse, aún, que los "políticos" que menciona, ocupen algún cargo federal (fs. 16).

Con la insistencia del tribunal nacional y la elevación del incidente a la Corte, quedó trabada la contienda (fs. 20).

Es doctrina del Tribunal que tanto las declaraciones del denunciante como del imputado, pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de determinar la competencia, aunque no estén plenamente corroboradas, en la medida en que no se encuentren desvirtuadas por otros elementos del expediente (Fallos: 306:1387; 307:1145 y 308:213 y 1786; 317:223).

Sentado ello, y toda vez que de los términos de la denuncia surgen, en forma precisa y concreta, imputaciones a policías y funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, estimó que corresponde a los magistrados de ese Estado investigar los hechos que involucran a sus autoridades (Fallos: 321:692).

Por lo expuesto, y en tanto la intervención del fuero de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación (doctrina de Fallos: 300:252; 302:1209; 305:190; 308:1993; 311:1995; 313:972; 321:2981; 324:2348 y 325:782), circunstancia no comprobada en autos, opino que corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para proseguir con el trámite de las actuaciones. Buenos Aires, 21 de febrero del año 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

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° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 con asiento en la localidad mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

EMPRESA SANTA TERESITA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Si los elementos de juicio incorporados al incidente no permiten descartar que los desechos generados por las fábricas puedan afectar a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de la provincia (art. 1°, ley 24.051), en tanto serían vertidos en desagües pluviales que desembocarían finalmente en el Río de

la Plata, corresponde a la justicia federal de San Isidro proseguir con el trámite de las actuaciones, sin perjuicio de lo que surja de la posterior investigación. –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 suscitada entre los titulares del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1, y del Juzgado de Garantías N° 2, ambos de San Isidro, provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa donde se investiga el derrame de sustancias presuntamente tóxicas a la canalización pluvial, las que habrían provocado intensos olores que alarmaron a los vecinos de la localidad de Carapachay.

De la investigación practicada posteriormente, se logró determinar que las empresas industriales: "COAFI", "LUANTEX SRL", y "LA SANTA TERESITA", arrojaban residuos con alta concentración de hidrocarburos totales de petróleo, a través de caños conectados clandestinamente, desde el interior de cada una de las plantas hacia la red cloacal.

El magistrado federal se inhibió para continuar entendiendo en la causa por considerar que más allá de que se habría detectado la presencia de residuos que podrían considerarse peligrosos en los términos de la ley 24.051, a su criterio, no surge del expediente que tales desechos podrían afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia de Buenos Aires (fs. 128).

El magistrado local, por su parte, no aceptó el planteo por considerarlo prematuro. En tal sentido, ponderó la declaración testimonial prestada por el perito químico (fs. 127), quien no habría descartado de manera terminante la posibilidad de que tales sustancias pudieran afectar el medio ambiente superando el territorio provincial (fs. 135).

Con la insistencia del juzgado de origen, quedó formalmente trabada la contienda (fs. 137).

Habida cuenta que los elementos de juicio incorporados al incidente no permiten descartar a esta altura de la investigación, que los

desechos generados por las fábricas mencionadas puedan afectar a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de la provincia (artículo 1°, ley 24.051), en tanto, serían vertidos en desagües pluviales que desembocarían finalmente en el Río de La Plata (confr. fs. 127), opino que corresponde al Juzgado Federal N° 1 de San Isidro proseguir con el trámite de estas actuaciones, sin perjuicio de lo que surja de la posterior investigación. (Fallos: 318:1369 y Competencia N° 1105, XL *in re* "Gil, Horacio s/ dcia. infracción ley 24.051", resuelta el 23 de diciembre de 2004). Buenos Aires, 4 de marzo del año 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

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 Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 2 con asiento en la localidad mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

JUAN LUIS MARTINEZ v. PODER EJECUTIVO NACIONAL

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones previsionales.

El tema no se encuentra, principal y exclusivamente, subsumido en la materia previsional, ya que si bien el actor, retirado del Ejército Argentino, expresó que

sufre un gravamen al habérsele reducido su haber jubilatorio, dicha reducción deriva del decreto que pretende que se declare inconstitucional, el cual es una norma dirigida a reducir los salarios de los empleados públicos en actividad y, además, lo atinente al art. 30 de la ley 19.549 configura un aspecto de naturaleza ritual, por lo que no sería aplicable el principio de especialidad que fundamenta la intervención de aquél fuero.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones previsionales.

La Cámara Federal de la Seguridad Social sólo actúa como tribunal de grado en los recursos de apelación contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias, en los supuestos en que la acción se inició conforme lo previsto en el art. 15 de la ley 24.463, modificado por el art. 3° de la ley 24.655.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La presente contienda negativa de competencia tiene su origen en la demanda interpuesta por Juan Luis Martínez contra el Estado Nacional a fin obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto 430/00, así como del art. 30 de la ley 19.549, modificado por el art. 12 de la ley 25.344 (fs. 3/14).

– II –

A fs. 42/43, el titular del Juzgado Federal de Concepción del Uruguay hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad planteada. Dicho pronunciamiento fue apelado por el Estado Nacional a fs. 45 y la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná declaró su incompetencia por razón de la materia para entender en autos, con base en que el art. 3° de la ley 24.655, que sustituye el art. 15 de la ley 24.463, mantiene la competencia de los juzgados federales del inte-

rior del país para determinadas causas y agregó que el art. 18 de la referida ley mantiene la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social en grado de apelación, contra las resoluciones dictadas por los juzgados mencionados en el art. 15 (fs. 62).

A su turno, previo dictamen fiscal (fs. 73), los integrantes de la Sala III de dicho tribunal declararon su incompetencia, al considerar que en este proceso no se impugna un acto administrativo en virtud del art. 15 de la ley 24.463 (fs. 74) y devolvieron las actuaciones al remitente, quien mantuvo su postura y las elevó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 83).

– III –

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto negativo de competencia, que corresponde dirimir a V.E. en virtud de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– IV –

Estimo que le asiste razón a la Cámara de la Seguridad Social, toda vez que el tema a dilucidar no se encuentra, principal y exclusivamente, subsumido en la materia previsional, ya que si bien el actor, retirado del Ejército Argentino, expresó que sufre un gravamen al habérsele reducido su haber jubilatorio, cabe advertir que dicha reducción deriva del decreto que pretende que se declare inconstitucional, el cual es una norma dirigida a reducir los salarios de los empleado públicos en actividad. Además, lo atinente al artículo 30 de la ley 19.549, también atacado, configura un aspecto de naturaleza ritual, por lo que no sería aplicable, en el caso, el principio de especialidad que fundamenta la intervención de aquel fuero (Comp. 686; L.XL, “Montenegro, Heriberto c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 9 de noviembre del 2004).

Por otro lado, V.E. tiene reiteradamente dicho que la Cámara Federal de la Seguridad Social sólo actúa como tribunal de grado en los recursos de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados Federales de Primera Instancia con asiento en las provincias, en los supuestos en que la acción se inició conforme lo previsto en el art. 15 de la ley 24.463, modificado por el art. 3° de la ley 24.655 (Fallos: 325:3074), que no es el supuesto que nos ocupa.

– V –

Opino, pues, que la presente causa deberá continuar su trámite por ante la Cámara Federal de Paraná, a la que se deberá remitir, a sus efectos. Buenos Aires, 23 de marzo de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones, en grado de apelación, la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, a la que se le remitirán. Hágase saber a la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Concepción del Uruguay.**

MARTINA ROJAS v. ANSeS

JUBILACION Y PENSION.

Las atribuciones con que cuentan los organismos previsionales para suspender, revocar o modificar resoluciones que otorguen beneficios jubilatorios cuando la nulidad absoluta resulte de hechos o actos fehacientemente probados (arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241), presupone que se haya dado participación a los interesados en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados en resguardo de la garantía de la defensa en juicio.

JUBILACION Y PENSION.

El requisito de afiliación para la concesión de beneficios derivados de invalidez o muerte no será exigido cuando la no afiliación no fuere imputable al causante o inválido.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Rojas, Martina c/ ANSeS s/ pensiones”.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó la resolución administrativa que había dejado sin efecto la pensión antes acordada y formulado cargos por los haberes indebidamente percibidos, la parte actora interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido.

2°) Que a tal efecto, el *a quo* señaló que para otorgar el beneficio la ANSeS había hecho mérito de los servicios autónomos prestados por el causante como jardinero desde el 1° de mayo de 1987 al 6 de junio de 1987, fecha esta última en la que había fallecido. Asimismo, tuvo en cuenta que el organismo previsional dejó sin efecto la decisión al advertir que quien había dado origen a la prestación no se había afiliado al régimen de trabajadores autónomos en vida, razón por la que resultaba aplicable la doctrina de Fallos: 311:1655 (“Mirkin”), que exige la afiliación formal al sistema a fin de reconocer los servicios prestados de acuerdo con lo que disponen las disposiciones de la ley 18.038.

3°) Que la recurrente se agravia pues entiende que la decisión de extinguir el beneficio de pensión viola el art. 1°, inc. f, de la ley 19.549 y lesiona el debido proceso adjetivo y el derecho de propiedad. También considera que el art. 42 de la ley 18.038 otorga un plazo de 60 días a fin de afiliarse al sistema previsional, término que no había transcurrido desde el comienzo de la actividad independiente hasta el fallecimiento, de lo que se sigue que dicha omisión se originó en un hecho ajeno a la voluntad del causante. Solicita, finalmente, que no se

aplique la doctrina del caso “Mirkin”, ni la resolución 232/91 que sostiene idéntico criterio al del fallo mencionado.

4°) Que las cuestiones planteadas en estas actuaciones resultan sustancialmente análogas a las examinadas en Fallos: 323:1281 (“Arias”), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razón de brevedad.

Por ello, el Tribunal resuelve: declarar procedente el recurso ordinario deducido y revocar la sentencia apelada con el alcance que surge del fallo citado. Costas por su orden (art. 21 de la ley 24.463). Notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **Rojas Martina,** representada por **el Dr. Pessarini, Calixto Aníbal.**
Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social.**

ALICIA LLABERIA DE LUANCO v. CAJA RETIROS JUBILACIONES Y PENSIONES POLICIA FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es admisible el recurso extraordinario si está en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal –ley 21.965 y decreto-ley 6581/58– y la decisión final en la causa fue contraria a las pretensiones que el apelante fundó en sus disposiciones.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RETIRO POLICIAL.

La circunstancia de que el decreto-ley 6581/58 remita en algunos puntos a la ley 21.965 no significa que se deba aplicar la totalidad de las prescripciones de la ley al personal con estado policial a los agentes civiles, dado que si esa hubiese sido

la voluntad del legislador la creación de un estatuto específico para estos últimos sería absurda.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RETIRO POLICIAL.

En tanto el art. 94 de la ley 21.965 prescribe dos circunstancias centrales que se deberán tener en cuenta para determinar la antigüedad del personal con estado policial; ellas son: desde cuándo se debe computar y qué servicios deben incluirse en ese cómputo, y tal prescripción también es realizada por el estatuto para el personal civil en su art. 37, es incorrecto aplicar el marco general estipulado por el art. 36 del decreto-ley 6581/58, sobre la normativa específica regulatoria del mismo tema.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Contra la sentencia de los integrantes de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que confirmó la de la anterior instancia rechazando la demanda incoada, la actora interpuso recurso extraordinario que fue concedido a fojas 175.

Explica la recurrente que en fecha 29 de febrero de 1997 solicitó a la demandada, a los fines del cálculo de su haber jubilatorio, se le compute el cincuenta por ciento del ciclo regular de su carrera de abogada de la Universidad de Buenos Aires; para ello fundó su derecho en el artículo 94 inciso d) de la ley 21.965, aplicable –dice– en virtud de la remisión efectuada por el artículo 36 del decreto ley 6.581/58. Aduce que tal petición fue denegada, tanto por la Caja como por el Ministerio del Interior, en base a que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 499 del decreto 1866/83, dicho beneficio no le es aplicable al personal civil.

Apelada dicha resolución, el magistrado a cargo del Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 6 también rechazó la citada presentación.

A su turno –continúa– los integrantes de la Sala I referida confirmaron la decisión del inferior, en base a que consideraron necesario contar con el estado policial para poder acceder al beneficio solicitado, y estimaron que la asimilación del personal civil a la citada ley orgánica es exclusivamente a los fines previsionales, para ello –dice– hicieron suyo el dictamen que el representante del Ministerio Público emitió en una causa similar.

– II –

Se agravia la recurrente por entender contradictorio el aludido dictamen al cual la sentencia se remitió, dado que –sostiene– dicha opinión afirmó que la equiparación que realiza el artículo 36 del decreto ley 6.581/58 es sólo a los fines previsionales, cuando eso es exactamente lo que pretende con la interposición de su reclamo y no una asimilación de otra índole.

Por otro lado, aduce que la exigencia, pretendida por el juzgador, de posesión de estado policial para acceder al beneficio solicitado, no sólo contraría a la norma aplicable sino que también estaría imponiendo una condición de cumplimiento imposible, toda vez que la propia jubilación sería improcedente, ya que los veinte años de servicios simples que al artículo 91 y concordantes de la ley 21.965 exige como mínimo para el retiro voluntario también deben ser con estado policial, como surge del propio artículo 493 de la reglamentación.

Continúa diciendo, que el principio citado por el representante del Ministerio Público referido a que la primera interpretación de la ley es su letra se debe aplicar al *sub lite* considerando, no sólo las disposiciones de la ley para el personal de la Policía Federal, sino también las del Estatuto para el Personal Civil de dicha fuerza que remite a aquella, evitando darles a las normas en juego un sentido que ponga en contraposición sus prescripciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

Por último, pone de resalto que la sentencia en crisis ha llegado al desconocimiento del derecho reclamado sin extremar la cautela recomendada como principio en materia de interpretación del de-

recho previsional. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

– III –

Considero que el recurso interpuesto resulta procedente toda vez que está en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal y la decisión final en la causa fue contraria a las pretensiones que el apelante fundó en sus disposiciones (v. Fallos: 324:1623; 323:1374; 316:1738; entre otros).

En cuanto al fondo de la cuestión es dable precisar, en primer lugar, que la actora pretende que se le aplique el régimen previsto en el artículo 94 inciso d) de la ley 21.965. Para ello, como se expuso más arriba, fundamenta su pedido en la letra del artículo 36 del decreto ley 6.581/58, el cual prescribe que el haber de jubilación y pensión que corresponde, se determinará en la misma forma que la ley orgánica de la Policía Federal establece para el personal superior.

Por tanto, en el presente caso nos encontramos ante dos normas, una de las cuales, el decreto ley, en algunos puntos remite a la otra. Tal circunstancia no significa, *per se*, que se deba aplicar la totalidad de las prescripciones de la ley al personal con estado policial a los agentes civiles, dado que si esa hubiese sido la voluntad del legislador la creación de un estatuto específico para éstos últimos sería absurda.

Considero que en el *sub lite* nos encontramos ante uno de los puntos ajenos a la mencionada remisión, por cuanto el referido artículo 94 de la ley 21.965 prescribe dos circunstancia centrales que se deberán tener en cuenta para determinar la antigüedad del personal con estado policial; ellas son: desde cuándo se debe computar y qué servicios deben incluirse en ese cómputo. Tal prescripción también es realizada por el estatuto para el personal civil en su artículo 37. En virtud de esta circunstancia, se torna incorrecto aplicar el marco general estipulado por el artículo 36 citado, sobre la normativa específica regulatoria del mismo tema, es decir el artículo 37.

Por tanto, opino que se deberá desestimar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia. Buenos Aires, 15 de septiembre de 2003. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Llabería de Luanco, Alicia c/ Caja Retiros Jubilaciones y Pensiones Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.".

Considerando:

Que los agravios de la apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y remítase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Alicia Llabería de Luanco,** con el patrocino **del Dr. Jorge Darío Luanco.**
Traslado contestado por **la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal** representada por **la Dra. Paula Andrea Cejas.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala I).**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 6.**

AGUAS ARGENTINAS S.A.
v. ENTE TRIPARTITO DE OBRAS Y SERVICIOS SANITARIOS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es admisible el recurso extraordinario si se encuentra en discusión la validez de un acto de la autoridad nacional (resolución E.T.O.S.S. 19/94) y el alcance de las atribuciones ejercidas por ésta al dictarlo, al igual que el alcance e interpretación

de normas federales (decretos 999/92 y 787/93), y la decisión del *a quo* es contraria al derecho que la apelante funda en ellos (art. 14, inc. 1° y 3°, de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

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 declaratoria sobre el punto disputado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

SERVICIOS PUBLICOS.

De la correlación de la ley 23.696 y del decreto 999/92 (Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales), surge que el E.T.O.S.S. tiene facultad para determinar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no sólo relacionadas con la prestación del servicio, sino también aquellas referidas, en general, a la ejecución del contrato de concesión. Esta inteligencia se ajusta a los parámetros incorporados en el art. 42 de la Carta Magna por el Constituyente reformador en 1994, sin que signifique el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a este ente regulador, ni conferirle el carácter de tribunal administrativo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

El primer criterio para desentrañar la voluntad de las partes en un contrato es estar a sus palabras cuando son suficientemente claras.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

SERVICIOS PUBLICOS.

Corresponde confirmar la sentencia que declaró la validez de la resolución del E.T.O.S.S. que determinó el incumplimiento de la concesionaria respecto del contrato celebrado con el Estado Nacional en cuanto le impone asumir íntegramente el costo de otorgar vacaciones al personal devengadas durante el año 1992 y posteriores, y no gozadas antes de la toma de posesión si, de acuerdo con lo que

surge del marco normativo y contractual para la determinación de las obligaciones de la concesionaria, y en el contexto tuitivo de los derechos laborales, no se advierte que la resolución haya violado los límites de competencia, legalidad y razonabilidad.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONTRATOS.

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principio aplicable al ámbito del derecho administrativo.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACTOS PROPIOS.

No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONCESION.

En materia de interpretación de concesiones, nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Cosa juzgada.

Sin perjuicio de que lo atinente a la falta de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo y a la contradicción de lo resuelto con pronunciamientos firmes del fuero laboral remite a cuestiones de hecho, derecho común y procesal, ajenas al recurso extraordinario articulado, no se verifica violación a la cosa juzgada, si se trata de personas distintas a las que intervinieron en el otro proceso judicial, cuyas relaciones y responsabilidades son también diferentes, y las soluciones respectivas no son excluyentes entre sí.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

SERVICIOS PUBLICOS.

Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias son regidas por el derecho público, por lo tanto, la

resolución que se limitó a declarar que existió un incumplimiento del contrato de concesión que suscribió la actora con el Estado Nacional, no tiene incidencia alguna en las relaciones entabladas entre la actora y los ex empleados de O.S.N. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

Si la resolución administrativa cuestionada no formula estimación alguna relativa al quantum de los costos por vacaciones no gozadas, ni precisa la incidencia de dichos gastos en el cálculo de las tarifas pendientes de fijación, el acto administrativo debe reputarse "incompleto" pues los efectos jurídicos que derivarían de él no resultan perceptibles ni determinables por la sola referencia y confrontación con el ordenamiento jurídico aplicable, sino que requieren de una manifestación de voluntad adicional del ente regulador que expresamente los concrete y singularice. En consecuencia, no se advierte que la sentencia apelada sea definitiva a los fines del recurso del art. 14 de la ley 48 (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio y Ricardo Luis Lorenzetti).

Dictámenes de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 1991/2000 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) modificó la sentencia de primera instancia y declaró la validez del art. 1° de la resolución 19/94 del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (E.T.O.S.S.), que determina el incumplimiento de Aguas Argentinas S.A. del punto 3.6.2 del contrato de concesión de servicios celebrado con el Estado Nacional, en cuanto le impone asumir íntegramente el "*costo de otorgar vacaciones al personal devengadas durante el año 1992 y posteriores, y no gozadas antes de la toma de posesión*".

En lo que aquí importa, sus integrantes sostuvieron, en primer lugar, que la competencia del E.T.O.S.S. para dictar la resolución impugnada y determinar el incumplimiento de la obligación convenida en el aludido numeral surge de las cláusulas de los capítulos X y XIII del "Contrato de Concesión", del art. 2° del convenio por el cual se creó

dicho ente y del art. 17 del Marco Regulatorio aprobado por el decreto 999/92, en virtud de los cuales la garantía del contrato cubre todas las obligaciones a cargo del concesionario derivadas de él, como también que le corresponde al ente regulador determinar su incumplimiento mediante resolución fundada.

En segundo lugar, afirmaron que de las actuaciones surge claro que la actora, al tomar la operación del servicio el 1° de mayo de 1993 –momento en el cual se produjo, también, la transferencia del personal– omitió otorgar las vacaciones no gozadas de 1992 y que, de este modo, eludió asumir sus costos. Además, dijeron, más allá de que los ex-agentes de Obras Sanitarias de la Nación (O.S.N.) hubieran o no perdido la posibilidad de exigir a su nueva empleadora el cumplimiento de tal obligación, es indudable que, por parte del concedente, tal incumplimiento existió y pudo ser determinado por el ente.

Por otro lado, puntualizaron que no es razonable interpretar que las condiciones fijadas en el plan de retiro voluntario y la liquidación final (comprensiva de los haberes del último pago de trabajo, de las vacaciones y del sueldo anual complementario) se haya querido modificar alguna de las cláusulas anteriores referentes a quién debería afrontar el pago de cada uno de los conceptos.

– II –

Contra tal pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 2007/2055, que fue concedido en tanto se cuestiona la inteligencia y el alcance de un acto de naturaleza federal y denegado respecto de la tacha de arbitrariedad.

Afirma que en el *sub lite* existe cuestión federal, al hallarse en juego la inteligencia de normas de tal naturaleza, toda vez que debe fijarse el alcance de las atribuciones conferidas al E.T.O.S.S. por el Marco regulatorio de la provisión de agua potable (decreto 999/92) y por el Contrato de Concesión aprobado por el decreto 787/93, así como, por encontrase controvertido un acto de autoridad nacional –la resolución E.T.O.S.S. 19/94 que impugna–.

En tales condiciones, sostiene que este último acto en la medida en que determina el incumplimiento de una obligación no prevista en

el régimen de concesión, constituye un avasallamiento de los derechos de libertad y de propiedad, toda vez que la declara incursa en una infracción inexistente que amplía el plexo de obligaciones previstas en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato de Concesión.

Entiende que ello es así, porque contraviene lo dispuesto en dicho acuerdo y en el Anexo I del decreto 999/92, que niegan la competencia del ente regulador para actuar como lo hizo y porque, en su concepto, el numeral 3.6.2 del Contrato de Concesión le imponía como única obligación asumir el costo de otorgar a los ex agentes de O.S.N. las vacaciones devengadas y no gozadas al momento de la toma de posesión y no la de abonar en dinero las vacaciones no gozadas a quienes decidieran libremente acogerse al régimen de retiro voluntario.

Por otra parte, destaca que el deber cuyo incumplimiento se le endilga, constituye un acto prohibido por la Ley de Contrato de Trabajo –art. 162– que impide compensar en dinero las vacaciones no gozadas y que, por ende, la resolución que así lo determinó se encuentra en conflicto con esas normas de orden público. Además, que el acto atacado sustrae de los jueces naturales la controversia que le da origen, la cual, por versar sobre materia laboral, compete al fuero especializado instituido para su conocimiento y decisión, máxime cuando –agrega– lo resuelto por el ente regulador contradice abiertamente los pronunciamientos firmes de dicho fuero que niegan a los ex-trabajadores aquello que la resolución impugnada les reconoce, en violación a la cosa juzgada.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible, pues se encuentra en discusión la validez de un acto de la autoridad nacional (resolución E.T.O.S.S. 19/94) y el alcance de las atribuciones ejercidas por ésta al dictarlo, al igual que el alcance e interpretación de normas federales (decretos 999/92 y 787/93), y la decisión del *a quo* es contraria al derecho que la apelante funda en ellos (art. 14, inc. 1° y 3°, de la ley 48) (Fallos: 323:2519). Por otra parte, estimo que 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 (doctrina de Fallos: 308:1076).

– IV –

Sentado lo anterior, 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 declaratoria sobre el punto disputado*" (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros), circunstancia que impone examinar la interpretación que realizó el juzgador de las normas que regulan la competencia del E.T.O.S.S., para determinar si, efectivamente, se excedió o no de su competencia al emitir la resolución impugnada y el alcance del numeral 3.6.2 del contrato de concesión de servicios.

Desde esa perspectiva, opino en sentido coincidente con lo resuelto por el *a quo* a fs. 1991/2000 sobre ambas cuestiones.

Así lo pienso, porque la ley 23.696 (art. 11 y Anexo I-IV) y los decretos dictados sobre la base de ella, autorizaron, reglamentaron y aprobaron la concesión de los servicios de distribución y comercialización de Obras Sanitarias de la Nación. De tales normas surge, por necesaria implicancia, que le fueron delegadas al Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios –como ente regulador– atribuciones suficientes para controlar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la concesionaria, como las previstas en el Contrato de Concesión celebrado el 28 de abril de 1993 –cuyo modelo fue aprobado por el art. 2° del decreto 787/93–.

En efecto, en lo que aquí interesa, el convenio de constitución del E.T.O.S.S. suscripto el 10 de febrero de 1992 –ratificado por el decreto 999/92–, entre la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones de la Nación, la Empresa Obras Sanitarias de la Nación, la Provincia de Buenos Aires, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires y la ex-Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 2°, atribuye al E.T.O.S.S. "...***la protección de los intereses de la comunidad, el control, fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y los contratos de concesión***", del mismo modo, el art. 17, del Anexo I, del decreto 999/92 (Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales) asigna a tal ente facultades y obligaciones para: "***a) Cumplir y hacer cumplir el marco regulatorio y el contrato de concesión del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales y sus normas***

complementarias realizando un eficaz control y verificación de la concesión y de los servicios que el concesionario preste a los usuarios" y "...u) En general realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de este marco regulatorio, de las normas reglamentarias y disposiciones contractuales aplicables", a cuyo fin podrá "***o) Aplicar al concesionario las sanciones establecidas en el contrato de concesión por incumplimiento a sus obligaciones***". Cabe agregar que las resoluciones del ente regulador tienen fuerza ejecutoria sobre el concesionario, pues el art. 68, del Anexo I, del decreto 999/92, dispone que sus decisiones dictadas dentro de los límites de su competencia gozan de los caracteres propios de los actos administrativos y obligan al concesionario.

De la correlación de las disposiciones transcriptas, en mi concepto, surge que el E.T.O.S.S. tiene facultad para determinar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no sólo relacionadas con la prestación del servicio, sino también aquellas referidas, en general, a la ejecución del contrato de concesión, como la que se debate en el *sub lite*. Esta inteligencia, por otra parte, se ajusta a los parámetros incorporados en el art. 42 de la Carta Magna por el Constituyente reformador en 1994 y al criterio de la ley 23.696, sin que ello signifique el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a este ente regulador, ni conferirle el carácter de tribunal administrativo (confr. doctrina de Fallos: 321:776).

Despejada esta cuestión, la sentencia recurrida se ajusta a derecho y, en consecuencia, los agravios que se pretenden poner a consideración del Tribunal por medio del recurso extraordinario deducido deben ser desestimados. Así lo considero, porque –contrariamente a lo sostenido por la apelante– de acuerdo con lo que surge del marco normativo y contractual para la determinación de las obligaciones de la concesionaria, no se advierte que la resolución cuestionada haya violado los límites de competencia, legalidad y razonabilidad.

Ello es así, a mi modo de ver, porque de las pautas generales fijadas en ley 23.696, surge que cada proyecto de privatización debía ineludiblemente tener en cuenta en su diseño, como criterios directrices, evitar efectos negativos sobre el empleo y la pérdida de puestos de trabajo, en el marco de una función productiva estable y suficiente (art. 41), a cuyo fin, durante dicho proceso los trabajadores seguirían

amparados por todas las instituciones legales, convencionales y administrativas del derecho del trabajo (art. 42).

A mi juicio, en ese contexto tuitivo de los derechos laborales, el Contrato de Concesión previó en su art. 3.6.2 bajo el título "Vacaciones y Sueldo Anual Complementario", que "*El costo de otorgar vacaciones al personal devengadas durante el año 1992 y posteriores, y no gozadas antes de la Toma de Posesión, será asumido íntegramente por el Concesionario*". Al respecto, es menester tomar en cuenta que el primer criterio para desentrañar la voluntad de las partes en un contrato es estar a sus palabras cuando son suficientemente claras (confr. doctrina de Fallos: 314:363), razón por la cual estimo que la inteligencia que cabe asignar a dicho numeral, es que Aguas Argentinas S.A. tenía a su cargo otorgar al personal que continuara en actividad las vacaciones devengadas y no gozadas durante 1992 y posteriores, y abonarlas al personal que se desvinculara de la empresa.

La conclusión a la que se arriba no queda desvirtuada por los argumentos de la actora en cuanto sostiene que sólo le corresponde otorgar las vacaciones no gozadas a los empleados que continuaron prestando servicios, no así a los que se desvinculan, en la medida en que distingue "el otorgamiento de las vacaciones" de "su compensación en dinero", porque tal inteligencia del numeral 3.6.2 conduciría, inevitablemente, a tornarla de cumplimiento imposible en relación con aquel personal que se separe de la empresa.

Lo expuesto encuentra sustento en el principio de que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principio aplicable al ámbito del derecho administrativo (Fallos: 314:491 y 319:469, entre muchos otros), pues "*no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe*" (Fallos: 321:2530).

Por lo demás, la perspectiva expuesta es, en mi opinión, la posición que jurídicamente debe asumirse frente al planteo de Aguas Argentinas S.A., pues si alguna duda cabe, ella se resuelve en sentido adverso al concesionario, por aplicación de la doctrina del Tribunal que, desde antaño y por recepción de precedentes jurisprudenciales norteamericanos, señala que, en materia de interpretación de conce-

siones, nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa, necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (conf. doctrina de Fallos: 149:218 y 323:337, entre otros).

En otro sentido, considero que tampoco cabe atender a los argumentos que formula en torno a la falta de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, al igual que aquellos referentes a que la resolución atacada sustrae de los jueces naturales la controversia que le da origen y contradice abiertamente los pronunciamientos firmes del fuero laboral, en violación a la cosa juzgada. Estimo que ello es así, toda vez que, sin perjuicio de remitir tales planteos a cuestiones de hecho, derecho común y procesal, ajenos al recurso extraordinario articulado, cabe recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal, no se verifica violación a la cosa juzgada, si se trata de personas distintas a las que intervinieron en el otro proceso judicial, cuyas relaciones y responsabilidades son también diferentes, y las soluciones respectivas no son excluyentes entre sí (confr. doctrina de Fallos: 310:1449).

En efecto, a mi juicio no se configura, como pretende la apelante, un supuesto de escándalo jurídico por resultar contradictorio lo resuelto en esta causa con los pronunciamientos laborales que refiere. En primer lugar, cabe advertir que la actora no demuestra ni siquiera alega la calidad de parte del E.T.O.S.S. en esos juicios, que permita concluir que dichas sentencias le son oponibles al ente y que, por ende, hagan cosa juzgada a su respecto. Además, la resolución 19/94 se limita a declarar que existió un incumplimiento del Contrato de Concesión que suscribió Aguas Argentinas S.A. con el Estado Nacional y no de normas de derecho laboral. Al respecto, es menester precisar que, cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias son regidas por el derecho público (Fallos: 321:714 y sus citas). Es en ese ámbito y con ese alcance que, en mi parecer, debe entenderse la determinación establecida en aquella resolución, sin que ello tenga incidencia alguna en las relaciones entabladas entre la actora y los ex empleados de O.S.N.

Por lo demás, el planteo referido a que lo decidido en esta causa no resulta compatible con lo resuelto en aquellos juicios, remite, a mi

modo de ver, a revisar la valoración que efectuó el *a quo* sobre la prueba rendida en autos, sin que se advierta arbitrariedad en ello. Así pues, basta reproducir sus conclusiones, que de modo elocuente determinan la falta de incidencia de tales juicios sobre éste: "*De dichos pronunciamientos (del fuero laboral) se desprende que, con independencia de las obligaciones que Aguas Argentinas pudiera haber asumido frente al Estado Nacional, no fue reconocida la existencia de un crédito a favor de los empleados. Ello fue así en síntesis y en lo sustancial, por uno o ambos de los siguientes fundamentos: a) porque conforme al artículo 162 R.C.T. las vacaciones no eran compensables en dinero –salvo en los supuestos de extinción del contrato de trabajo–, y había vencido el plazo para su otorgamiento fijado en el artículo 154 (desde el 1° de octubre hasta el 30 de abril del año siguiente) sin que el empleador las hubiera concedido ni el actor hubiera arbitrado los medios para hacer uso de ese derecho en los términos del artículo 157 del mismo texto –esto era, mediante notificación al empleador y de ese modo que aquéllas concluyeran antes del 31 de mayo–. b) Porque de los términos de los acuerdos extintivos celebrados entre la actora y sus empleados, conforme al artículo 241 del régimen laboral y a los efectos previstos en el plan de retiro voluntario instrumentado por la demandada, llevaban a descartar la existencia de deudas no cubiertas con el pago efectuado (...)*". "*...En definitiva..., más allá de que los agentes de O.S.N. hayan perdido la posibilidad de exigir a su nueva empleadora el otorgamiento de las vacaciones, o su pago, la obligación contraída por ésta con el Estado fue incumplida, y tal incumplimiento pudo ser determinado por el ente regulador*" (v. fs. 1999 y vta.).

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia de fs. 1991/2000 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 18 de Noviembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

Suprema Corte:

A fin de evacuar la vista que se me corre en estas actuaciones, me remito a lo expresado en mi dictamen emitido en el día de la fecha en el expediente *in re*: A.551, L.XXXVII, "Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios".

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde desestimar la presente queja. Buenos Aires, 18 de Noviembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador General de la Nación emitido en los autos A.551.XXXVII. "Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios" a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declaran admisibles la queja y el recurso extraordinario y se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 1. Agréguese la queja A.376.XXXVII al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*en disidencia*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al admitir parcialmente el re-

curso de la demandada, convalidó el art. 1° de la resolución 19 de 1994, mediante el cual el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios determinó que Aguas Argentinas S.A. no se había hecho cargo del costo de las vacaciones no gozadas durante el año 1992 por el personal retirado voluntariamente de la empresa en 1993, según lo estipulado en el punto 3.6.2. del Contrato de Concesión (que imponía a la concesionaria "hacerse cargo del costo de otorgar vacaciones al personal devengadas durante el año 1992 y posteriores, y no gozadas antes de la toma de posesión"). En cambio, no convalidó el art. 2° de la resolución administrativa indicada en cuanto en él se intimaba a la empresa actora a compensar en dinero a cada uno de los trabajadores el importe de las vacaciones no gozadas durante 1992. Contra esta decisión la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 2007/2055 vta., concedido a fs. 2092/2093 en lo atinente a la interpretación de las normas federales involucradas, y denegado en lo relativo a la arbitrariedad de la sentencia, lo cual dio lugar a la correspondiente queja.

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada señaló que la determinación de que la empresa concesionaria no había afrontado la totalidad de los costos previstos en el punto 3.6.2. del Contrato de Concesión (contenida en el art. 1° de la resolución 19 de 1994) no excedía el ámbito de las competencias conferidas al ente regulador por el art. 17 del decreto 999 de 1992 para verificar el cumplimiento de las cláusulas de la concesión y ejercer la policía del servicio. Por otra pare, destacó que la intimación a pagar a los agentes retirados en 1993 el importe equivalente a las vacaciones no gozadas durante 1992 (contenida en el art. 2° de la resolución 19 de 1994) sí excedía las competencias del ente referido, pues constituía una indebida atribución de facultades jurisdiccionales, tales como lo son las de declarar la existencia y exigibilidad de créditos de naturaleza laboral, individualmente adeudados por la empresa a cada uno de sus agentes.

3°) Que la empresa actora se agravia por considerar que, al convalidar el art. 1° de la resolución administrativa impugnada, la sentencia recurrida le imputa indebidamente no haber cumplido con las obligaciones de naturaleza laboral respecto de su personal. Sobre el particular señala que su parte dio estricto cumplimiento a la totalidad de las obligaciones de índole laboral con respecto a la totalidad de su personal, toda vez que otorgó el goce efectivo de las vacaciones no gozadas durante 1992 a la totalidad de los trabajadores que continuaron en la empresa, y compensó adecuadamente a los que egresaron en 1993 por haberse acogido al régimen de retiro voluntario implementado

al efecto; con relación a aquellos respecto de los cuales sus obligaciones se circunscribían a compensar la fracción proporcional de las vacaciones no gozadas durante el año de egreso, es decir, 1993, pero no las correspondientes a 1992, les dio cumplimiento, máxime teniendo en cuenta la prohibición de compensar las vacaciones no gozadas en dinero (cfr. fs. 2036/2040, esp. 2039 vta.).

En tal sentido destaca que la determinación contenida en el art. 1° de la resolución 19 de 1994 comporta una asunción indebida de facultades jurisdiccionales porque, al aseverar que su parte no dio pleno cumplimiento a sus obligaciones laborales con relación al personal retirado voluntariamente de ella, el ente regulador formuló una afirmación declarativa de la existencia de derechos de esa naturaleza que sólo compete a los tribunales del trabajo. Señala que en más de una treintena de pleitos promovidos por ex-trabajadores de la empresa concesionaria, la justicia del trabajo falló invariablemente en el sentido de que su parte no les adeudaba suma alguna por vacaciones no gozadas durante 1992; de modo que la resolución administrativa atacada y la sentencia que la convalida contradicen abiertamente los pronunciamientos de los tribunales del trabajo, lo que constituye evidencia de que el ente regulador se atribuyó funciones jurisdiccionales ajenas al ámbito de su competencia al dictar el art. 1° de la resolución administrativa impugnada.

4°) Que al agraviarse contra la sentencia de primera instancia y al contestar el recurso extraordinario el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios sostiene, rectificando su posición inicial, que en el art. 1° de la resolución 19 de 1994 dicho órgano se limitó a determinar que la concesionaria no había afrontado la totalidad de los costos estipulados en el punto 3.6.2. del Contrato de Concesión; sin pretender que tal determinación tuviera por efecto declarar la existencia ni la exigibilidad de créditos laborales, sino al único efecto de estimar la incidencia de los costos efectivamente erogados cuya ponderación constituye un factor relevante para el cálculo determinativo de las tarifas, cuya fijación está pendiente por estar sujetas a la renegociación en la que el método acordado, dice, eximirá a la concesionaria de experimentar perjuicio alguno pues los costos indicados serán soportados por los usuarios (v. fs. 1960 vta. y 2081/2081 vta.).

5°) Que la resolución administrativa impugnada declara que la concesionaria no se hizo cargo de los costos previstos en el punto 3.6.2.,

en el que se alude al costo de las vacaciones no gozadas "...durante 1992..." a la totalidad de los trabajadores, sin formular distingos entre los que continuaron trabajando en la empresa al tiempo de la toma de posesión y los que habrían de retirarse voluntariamente de ella. Cabe advertir que nada impedía a la concesionaria asumir costos mayores que los derivados del estricto cumplimiento de la legislación del trabajo.

No obstante ello, cabe tener presente que la resolución administrativa cuestionada no formula estimación alguna relativa al *quantum* de los costos por vacaciones no gozadas durante 1992 por el personal retirado en 1993, ni precisa qué incidencia efectiva tendrán dichos costos en el cálculo determinativo de las tarifas pendientes de fijación, extremos que tampoco se precisan en el remedio federal y en su contestación. En tales condiciones, el acto administrativo de que se trata en el caso debe reputarse "incompleto" pues los efectos jurídicos que derivarían de él no resultan perceptibles ni determinables por la sola referencia y confrontación con el ordenamiento jurídico aplicable, sino que requieren de una manifestación de voluntad adicional del ente regulador que expresamente los concrete y singularice. En consecuencia, no se advierte que la sentencia apelada sea definitiva a los fines del recurso del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 252:236 y sus citas).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario y se desestima el recurso de hecho. Costas por su orden. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **María Inés Corra,** apoderada de **Aguas Argentinas S.A.,** con el patrocinio del Dr. **Guido Santiago Tawil.**
Traslado contestado por la **Dra. Rosaura Cerdeiras,** por la demandada con el patrocinio letrado del **Dr. Carlos María Rivera.**
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.**

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

El recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal –que confirmó los procesamientos con prisión preventiva por considerar a los imputados coautores del delito de homicidio y lesiones leves– no se dirige contra la sentencia dictada por el tribunal superior de la causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48 (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

Los casos resueltos por aplicación de derecho común y de las leyes procesales respectivas no constituyen materia federal que pueda dar lugar al recurso extraordinario, de acuerdo con la recta interpretación de los arts. 14 y 15, ultima parte, de la ley 48 (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

No habiéndose planteado una cuestión federal, no corresponde entrar a considerar cuál es el tribunal superior de la causa, es decir, aquel que, al resolver dicha cuestión federal en última instancia, habilitaría la competencia de la Corte Suprema (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Si se dictó sobreseimiento respecto de uno de los recurrentes, disponiéndose su inmediata libertad, corresponde declarar abstracta la cuestión (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.

La decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, ya que podría ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por afectar un derecho constitucional que exige tutela inmediata, máxime si el recurrente, con base en la doctrina de la arbitrariedad, considera que la resolución ha violado el principio de inocencia y las garantías de la defensa en juicio, y del debido proceso (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Valoración de circunstancias de hecho y prueba.

El juez no está obligado a evaluar todos y cada uno de los elementos de prueba adquiridos, sino que escoge aquéllos que considera relevantes para fundar su decisión, y mientras la prescindencia de alguno de ellos no resulte caprichosa, ni de contundencia tal que haga variar la solución del caso, extremos que incumbe a los recurrentes poner en evidencia, habrá actuado en el recto ejercicio de su jurisdicción (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

PRUEBA: Prueba en materia penal.

En la instrucción, la producción de prueba responde a criterios de utilidad y pertinencia (art. 199 del Código Procesal Penal de la Nación), a diferencia del juicio propiamente dicho, una de cuyas características es la amplitud probatoria que, en este sentido, reconoce como único límite la superabundancia (art. 356 del cód. cit) (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.

No es arbitrario el pronunciamiento que –fundado en la consideración racional de la prueba adquirida– dispuso los procesamientos con prisión preventiva por considerar a los imputados coautores del delito de homicidio y lesiones graves, si la cámara tuvo por semiplenamente probada la existencia de los resultados delictivos, la presencia de los imputados en el lugar y que todos habrían disparado en dirección a las víctimas, por lo que, teniendo en cuenta la actuación conjunta, les atribuye la producción en común y concertada del hecho típico (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, resolvió confirmar los procesamientos con prisión preventiva de Orlando Juan Oliverio, Ariel Gonzalo Firpo Castro, Carlos José López y Eugenio Figueroa por considerarlos coautores del delito de homicidio y lesiones graves, mandando trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de quinientos mil pesos (fojas 355 a 396 vuelta).

Contra esa resolución las defensas interpusieron recurso extraordinario federal, el que fue concedido a fojas 705 a 707 vuelta.

– II –

1. La cámara tiene por verosímil que el veinte de diciembre de dos mil uno, aproximadamente a las diecinueve y veinte, cuando los nombrados, a la sazón agentes policiales, se desplazaban en fila a bordo de tres vehículos, en la dirección ascendente de la numeración de la Avenida 9 de Julio, detuvieron su marcha en la cuadra delimitada por las calles Sarmiento y Perón, formando un abanico enfrentado a los carriles de sentido contrario de circulación; posición desde la cual habrían disparado con las escopetas que portaban, cargadas con munición de plomo, contra varias personas que, en actitud pacífica, se habían ubicado en la plazoleta que separa la avenida de la calle Cerrito, causando la muerte de Alberto Manuel Márquez, y lesiones graves en la cabeza de Martín Esteban Galli.

Sin soslayar que hasta el momento no se ha determinado con certeza quién o quiénes realizaron los disparos que provocaron esos resultados, considera el *a quo* que todos ellos habrían actuado mediante un acuerdo común –cuanto menos tácito– y tenido el codominio de los hechos.

2. La defensa, con base en la doctrina de la arbitrariedad, pide que se declare la invalidez del fallo alegando, como punto de partida, que

se describe erróneamente el cuadro en el que se sitúan los hechos, al omitirse toda consideración en punto al estado de conmoción interior que provocó la declaración del estado de sitio para esa fecha y, consecuentemente, la ausencia de un análisis y descripción de las conductas de los "manifestantes".

En estrecha vinculación, acude al rótulo de "gravedad institucional para agraviarse de que la resolución limita la función de la Policía, en cuanto se afirma –siempre conforme lo expone la defensa– que existió un exceso en el uso de los medios para contrarrestar el comportamiento de las personas, describiéndose como "recursos violentos" a los elementos internacionalmente utilizados por las fuerzas de seguridad en situaciones análogas.

En otro aspecto, señala que la cámara ha excedido el marco de su jurisdicción apelada al disponer una ampliación de la imputación por otros hechos, cuando el recurso fue habilitado únicamente para la defensa.

De manera puntual, y en apretada síntesis, la descalificación por arbitrariedad estriba en que: a) se tiene por probado que los imputados dispararon con munición de plomo pero no se explicita el procedimiento intelectual que conduce a esa conclusión, lo que implica una inversión de la carga probatoria; b) se descartan las versiones brindadas en las indagatorias sin sustento objetivo para hacerlo; c) se desconoce prueba documental que acredita que ese día fue provista munición antitumulto, d) no se probó quiénes cargaron sus armas con balas de plomo, ni que desde el lugar que dispararon pudieran herir de muerte a Márquez; e) no se realizó estudio pericial alguno que establezca que el proyectil que Galli tiene alojado en la cabeza es de plomo; f) no está acreditado el lugar donde cayeron los heridos y se omite un análisis lógico para acreditar la contemporaneidad o no de los hechos, y el nexo causal en uno y otro caso; g) se dio crédito a los dichos de testigos que dijeron haber estado en el lugar al tiempo de los hechos, cuando del listado de llamadas entrantes y salientes al teléfono celular que Márquez tenía consigo al ser herido surgen comunicaciones con por lo menos dos de ellos; h) las videocintas que registraron lo ocurrido no permite describir la actitud de los "manifestantes" –porque no se ven– y no se explican las piedras que caen sobre el pavimento –mientras el daño sobre una camioneta fue pericialmente acreditado–.

Por último, la recurrente sostiene que la decisión carece de fundamento al establecerse la co-autoría, por cuanto no explica cuál ha sido la fuente del supuesto acuerdo en común, ni la participación que a cada uno le cupo para alcanzar el resultado.

– III –

En mi opinión, estamos ante un remedio federal que resulta formalmente procedente con sustento en la doctrina del Tribunal que establece que la decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, es equiparable a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, ya que podría ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, por afectar un derecho constitucional que exige tutela inmediata (Fallos: 280:297; 290:393; 307:359; 308:1631; 310:1835; 311:358; 314:791, entre otros).

Y si bien ello no basta para habilitar la instancia extraordinaria en tanto no se encuentre involucrada una cuestión federal o concurran graves defectos en el pronunciamiento denegatorio (Fallos: 314:791 y la jurisprudencia allí citada) lo cierto es que en el *sub lite* el recurrente, con base en la doctrina de la arbitrariedad, considera que la resolución ha violado el principio de inocencia y las garantías de la defensa en juicio, y del debido proceso (artículo 18 de la C. N.).

Por otra parte, como surge de la jurisprudencia sentada por V.E. en los casos “Rizzo” (Fallos: 320:2118, considerando 5°) y “Bramajo” (Fallos: 319:1840), y más recientemente en “Panceira, Gonzalo y otros” (Fallos: 324:1632) y “Stancanelli, Néstor Edgardo y otro” (Fallos: 324:3952) la vía federal elegida resulta admisible –en casos como éste, referidos a la prisión preventiva decretada con arreglo al artículo 312 del Código Procesal Penal de la Nación– por emanar la resolución atacada del superior tribunal de la causa.

Párrafo aparte merece la situación de Ariel Gonzalo Firpo Castro, en relación a quien, conforme fue certificado por Secretaría (vid fs. 730), se dictó sobreseimiento, disponiéndose su inmediata libertad, por lo que, a su respecto, no se verifican tales presupuestos.

– IV –

1. De inicio conviene aclarar, teniendo en cuenta que a modo de justificación se introdujo esta cuestión, que aun cuando el *a quo* no

formuló apreciaciones sobre los efectos causídicos de la declaración de estado de sitio –vigente en ese momento por Decreto 1678/2001, publicado en el Boletín Oficial el 20 de diciembre de 2001–, y cómo ello incidía en el examen de las conductas, lo cierto es que, en este punto, sí se valora, para la atribución de responsabilidades, la actitud agresiva de la Policía, y la pacífica por parte de las víctimas, más allá de que rigiera el estado de sitio.

En primer lugar, se establece el marco de actuación con que los procesados, todos cumpliendo funciones en el Departamento de Control de Integridad Profesional, dependiente de la Superintendencia de Asuntos Internos de la Policía Federal, arribaron al lugar de los sucesos, esto es, para la observación y control de la actividad policial en distintas zonas de la ciudad, frente a las denuncias relativas a excesos en el uso de la fuerza, extremo que no ha sido motivo de controversia; y al mismo tiempo, permite inferir que el objetivo funcional no era dispersar a los ciudadanos de las calles, en custodia de los límites razonables a que podía estar sujeta la libertad de reunión.

Así lo pone de manifiesto la cámara, a lo que se suma la posición de combate adoptada y la forma de proceder –despliegue de los coches en forma de abanico y aprestándose con las armas–, y que, de acuerdo a las imágenes registradas, frente a ellos no se observarían disturbios, ni agresiones –sino a más de cien metros a la derecha, en la Plaza de la República–; ello la determina a concluir que no intentaban paliar ningún conflicto, ni repelían agresiones. Antes bien, considera el *a quo* –con fundamento en la secuencia de imágenes que describe– que el rápido alejamiento de los agentes policiales es anterior al acometimiento de las personas en su dirección, e inclusive, se plantea como posible que éste haya sido motivado por los disparos de aquéllos.

De tal manera, entiendo que no se verifica, en este caso, la alegación de la defensa, pues no se demuestra que hubiera, por parte del grupo de víctimas, actos de provocación suficientes, ni abuso de la libertad de reunión tolerada por el estado de sitio (“Manual de la Constitución Argentina” de Joaquín V. González, pág. 254, Editorial Estrada, 1983, y la jurisprudencia de V.E. en Fallos: 312:1063 y 1882; 314:1668; 316:956), ya que en ese momento se encontraban en actitud pacífica, lo que exime, por el momento, de cualquier consideración sobre el tipo de la justificación o sobre el ánimo de los imputados.

2. Tampoco advierto que el fallo importe una intromisión, por parte del Poder Judicial, en la Policía como institución del Estado o una limitación de sus funciones en abstracto, tal como la recurrente lo propone, desde que no encuentro sino un juzgamiento de acciones individuales –más allá del conjunto que representan– en base a la prueba incorporada, tal como lo evidencia cuanto brevemente ya se expuso. Es decir, que no se cuestiona para nada las facultades represivas de la Policía, ni el funcionamiento interno, ni sus acciones desde el punto de vista de la estrategia, la táctica o la técnica policial, sino, tan sólo, los hechos delictivos que habrían cometido algunos integrantes de la institución.

3. En cuanto a la supuesta extralimitación al disponer sobre cuestiones ajenas a la materia del recurso, más allá de que se trata de una cuestión de derecho procesal común, ajena, por principio, a la Jurisdicción de la Corte, no se advierte vinculación alguna entre esta decisión y la resolución que confirma el procesamiento con prisión preventiva, por lo que el agravio es meramente conjetural.

4. El conjunto de defectos o falencias que individualmente trata la defensa, más allá del enfoque elegido en cada uno, evidencian, al analizarlos, una misma naturaleza: la discrepancia en la valoración de los elementos de prueba incorporados hasta el momento para fijar los hechos y atribuir responsabilidades.

Ahora bien, no obstante esa observación preliminar, habrá de establecerse si, más allá de su acierto o error, la resolución tachada de arbitraria sustenta debidamente la conclusión a la que arriba, sin perder de vista la provisoriedad inherente al estadio procesal que se transita.

Así, a fin de tener por acreditados los hechos en el mismo ámbito temporal y espacial, la cámara efectúa, amén de valorar el relato coincidente de los testigos, un minucioso análisis de los registros fílmicos existentes, exponiendo en cada caso los detalles que se tuvieron en cuenta, sin que la crítica de este punto por la defensa logre demostrar en qué consiste la supuesta ausencia de un razonamiento lógico en esa operación, ni por qué sostiene que no está acreditado el lugar donde cayeron los heridos.

En lo referente a las versiones exculpatorias ensayadas por los procesados, se advierte que éstas fueron evaluadas por el *a quo* y des-

cartadas como elementos de descargo, ante el confronte circunstanciado con las imágenes filmadas y el relato de los testigos, dándose razones aun para la explicación del tiempo que pudo insumir el traslado de Márquez hasta el hospital al que arribó sin vida; y no llega a comprenderse cómo es que la prueba documental –sobre la provisión de munición de goma–, invocada con insistencia por los defensores, acredita el hecho negativo de que no poseían también munición de plomo, teniendo en cuenta el calibre de las escopetas y –como lo dice la Cámara– su uso para la caza deportiva.

Justamente en lo que al tipo de munición se refiere, sobre la base de la acotada reconstrucción histórica efectuada hasta el momento, que incluye afirmaciones concretas de haberlos visto disparar y provocar heridos, y la comprobación de lesiones producidas por balas de plomo, la cámara infiere, correctamente, que éstas fueron las utilizadas, sin mengua de otra que también pudo haber existido.

A esta altura cabe hacer mención de que, aun cuando –según la dudosa postura de la defensa– resulte extraño que una bala de goma pueda atravesar el cráneo, caja ósea por definición, nada impide impulsar la actividad procesal hacia la concreción de un peritaje que despeje las dudas de la parte; mas no se advierte que su ausencia obste el razonamiento del *a quo*, teniendo en cuenta la precariedad que caracteriza a la instancia.

Más allá de la genérica tacha de los testigos, sobre cuyas particularidades se extiende la cámara y se encarga de refutar, la recurrente menciona la incorporación de un listado de llamadas que presenta como crucial en relación a dos de ellos, desde que, según su criterio, demuestra que no se encontraban en el lugar de los hechos tal como lo afirman, y ninguna consideración recibe en el fallo. Sin restarle entidad a la observación, creo que puede colocársela en su punto justo, a poco que se repara que también es posible efectuar otra interpretación: no se podría negar, por el momento, que esos mismos testigos fueron quienes utilizaron el teléfono celular de la víctima, en cuya cercanía se encontraban, para dar aviso de lo sucedido a sus respectivos hogares, o aun para despejar preocupaciones sobre su propia integridad física ante la difusión de los incidentes, reflexión que es válida en esta etapa de la instrucción.

Es por ello que no parece relevante la ausencia de ponderación sobre el punto. Máxime cuando si, por vía de hipótesis, suprimiéra-

mos el contenido de estas declaraciones (sólo dos dentro de los múltiples testimonios incorporados), no variaría la solución escogida, al hallarse incorporados otros elementos que la sustentan.

En abono, viene al caso recordar que el juez –en este caso el tribunal– no está obligado a evaluar todos y cada uno de los elementos de prueba adquiridos, sino que escoge aquéllos que considera relevantes para fundar su decisión, y mientras la prescindencia de alguno de ellos no resulte caprichosa, ni de contundencia tal que haga variar la solución del caso, extremos que incumbe a los recurrentes poner en evidencia, habrá actuado en el recto ejercicio de su jurisdicción.

Ese marco de libertad que tiene el magistrado se traduce, desde otra perspectiva, en la facultad de elegir, también, de qué medios de prueba se valdrá para verificar –con estricta observancia del procedimiento– las circunstancias del hecho y la participación que en él le cupo al imputado, sin que quepan exigencias, al menos en este primario examen, del tipo de las que se alegan al enfatizar la ausencia de peritajes sobre la posición de tiro o el efecto de dispersión de la munición; diligencias cuya pertinencia no corresponde aquí considerar, máxime si se tiene en cuenta que nada impide su producción en el futuro. Ello es así porque, precisamente, en la instrucción, la producción de prueba responde a criterios de utilidad y pertinencia (art. 199 del C.P.P.N.), a diferencia del juicio propiamente dicho, una de cuyas características es la amplitud probatoria que, en este sentido, reconoce como único límite la superabundancia (art. 356 del cód. cit.).

5. Baste para desechar el cuestionamiento sobre el grado de participación que se asigna, con tener presente que el *a quo* está de acuerdo en que no se ha individualizado él o los autores de los disparos –mortal en un caso y con resultado de lesión en el otro–, pero sí tiene por acreditadas las siguientes circunstancias: 1) la existencia de un acuerdo común –al menos tácito– para disparar sus armas contra ese grupo de personas con intención, en principio, homicida; 2) la causación, en conjunto, de los resultados lesivos indicados; 3) la imputación objetiva de esos resultados a todos ellos, con base en la doctrina de la coautoría y sus consecuencias jurídicopenales que extiende la atribución de los delitos a todos aquellos que se asociaron o conjuraron para cometerlos (Roxin, JA, 1979, 524; Täterschaft, 5ª, 1990, 649 y ss.; LK, 11°, 1993, párrafo 25 N° 159, citado por J.M. Silva Sánchez en “Política criminal y nuevo Derecho Penal”, J. M. Bosch, editor, pág. 300).

Y esa conclusión aparece como inobjetable desde el estricto razonamiento jurídico en la medida que se habría comprobado la convergencia en el hecho y en la intención por parte de los agentes.

En resumidas cuentas, la cámara tiene por semiplenamente probada la existencia de los resultados delictivos, la presencia de los imputados en ese lugar y que todos habrían disparado en dirección a las víctimas, por lo que, teniendo en cuenta la actuación conjunta, les atribuye la producción en común y concertada del hecho típico.

En esas condiciones, el juicio provisorio emitido por la cámara para vincular a los imputados al proceso, en tanto admitido como juicio de probabilidad, no adolece de arbitrariedad, por cuanto se asienta en la consideración racional de la prueba adquirida, en la medida exigible para esta etapa del proceso, que no implica la disipación o superación de cualquier duda del modo que se impone para arribar al convencimiento pleno.

Para finalizar, queda claro que la crítica de la recurrente, basada en cuestiones de hecho y prueba, fueron resueltas, como quedó expuesto, con argumentos suficientes que excluyen su descalificación en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad (Fallos: 303:317; 315:2780; 319:97; 321:2904 y 323:629, entre muchos otros).

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto por Ariel Gonzalo Firpo Castro, y admitiendo a los planteados por Orlando Juan Oliverio, Carlos José López y Eugenio Figueroa, confirmar la resolución de la cámara a este respecto. Buenos Aires, 11 de junio de 2003. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: “De la Rua, Fernando y otros s/ abuso de autoridad y violación a los deberes de funcionario público”.

Considerando:

Que el recurso extraordinario concedido a fs. 705/707 vta., no se dirige contra la sentencia dictada por el tribunal superior de la causa.

Por ello, se lo declara mal concedido. Hágase saber y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que al caso resultan aplicables, en lo pertinente, las consideraciones vertidas en la causa D.199.XXXIX "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación –causa N° 107.572–" resuelta el 3 de mayo de 2005, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Hágase saber y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Los casos resueltos por aplicación de derecho común y de las leyes procesales respectivas no constituyen materia federal que pueda dar lugar al recurso extraordinario, de acuerdo con la recta interpreta-

ción de los arts. 14 y 15, ultima parte, de la ley 48. Por tal razón, el recurso extraordinario resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

No habiéndose planteado una cuestión federal, no corresponde entrar a considerar cuál es el tribunal superior de la causa, es decir, aquel que, al resolver dicha cuestión federal en última instancia, habilitaría la competencia de esta Corte. Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS
DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO, DON JUAN CARLOS MAQUEDA
Y DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que en atención a lo que surge de las certificaciones obrantes a fs. 730 y 800, la cuestión introducida respecto de Ariel Gonzalo Firpo Castro se ha tornado abstracta.

Que con relación a los recursos interpuestos a favor de Orlando Juan Oliverio, Carlos José López y Eugenio Figueroa, esta Corte comparte el dictamen de fs. 739/744, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitirse en lo pertinente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal se declara abstracta la cuestión planteada respecto de Ariel Gonzalo Firpo Castro, se declaran procedentes los recursos concedidos a fs. 705/707 respecto de Orlando Juan Oliverio, Carlos José López y Eugenio Figueroa y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por **Ariel Gonzalo Firpo Castro, Orlando Juan Oliverio, Eugenio Figueroa y Carlos José López,** representados por los Dres. **Valeria G. Corbacho, Marcelo Pecorelli y Mario A. Alemparte.**

Traslado contestado por **fiscal general de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala I.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 1.**

GADOR S.A. Y OTRA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

Si bien los agravios afirman la existencia de una controversia en punto a normas federales, en realidad sólo traducen una mera discrepancia con las razones de hecho y prueba que fundan el fallo, cuya evaluación es materia privativa de los jueces de la causa y, por ende, ajena, en principio a su revisión por vía del art. 14 de la ley 48, máxime cuando lo decidido cuenta con suficientes fundamentos que, al margen de su acierto o error, basta para sustentarlo y excluir su descalificación en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que confirmó la disposición de la ANMAT aunque modificó el monto de la multa impuesta es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Gador S.A. y su directora técnica, Josefina M. Lynch, interpusieron el recurso de apelación previsto por el art. 21 de la Ley de Medica-

mentos (ley 16.463), contra la disposición N° 6781/01, mediante la cual la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.), les impuso, respectivamente, una sanción de cuatro mil y dos mil pesos de multa, por haber infringido el art. 19°, inc . d, de la ley 16.463.

En una inspección llevada a cabo por personal del Instituto Nacional de Medicamentos el 3 de agosto de 2000, en la Nueva Farmacia Roca –sita en la ciudad de San Juan–, se retiró del mostrador de atención al público un folleto de un producto medicinal perteneciente al laboratorio antes citado, cuya condición de venta es bajo receta.

Sustanciado el correspondiente sumario, el descargo de la firma y de su directora técnica no satisfizo al ANMAT, que tuvo por fehacientemente comprobada la infracción: anuncio al público de productos cuyo expendio sólo haya sido autorizado bajo receta.

– II –

A fs. 111/112, el titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 6 no hizo lugar a la nulidad planteada por los apelantes y confirmó la disposición N° 7876/00 de la ANMAT, aunque modificó el monto de la multa impuesta al reducirla a mil pesos por cada sancionado.

Para así resolver, afirmó que la norma aplicable es clara y concreta y que –en las actuaciones administrativas– se respetaron los derechos de los imputados, la infracción se comprobó fehacientemente y el acto administrativo se dictó conforme atribuciones otorgadas al ANMAT por decreto 1490/92.

Agregó que, como los folletos publicitarios fueron encontrados en una farmacia a disposición del público en general, debía descartarse la hipótesis de que sólo estuviese dirigido a profesionales en el arte de curar y acotó, a los efectos de tener por configurada la infracción, que no es relevante la cantidad de folletos hallados.

Redujo el monto de las multas porque lo estimó elevado con respecto a la infracción que se imputaba a los apelantes.

– III –

Disconforme con este pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 115/125 que –concedido por el *a quo*– trae el asunto a conocimiento de V.E.

– IV –

A mi modo de ver, el remedio federal es inadmisible y fue incorrectamente concedido pues, si bien los agravios en él vertidos afirman la existencia de una controversia en punto a normas federales, en realidad sólo traducen una mera discrepancia con las razones de hecho y prueba que fundan el fallo, cuya evaluación es materia privativa de los jueces de la causa y, por ende, ajena, en principio, a su revisión por vía del art. 14 de la ley 48. Máxime cuando, como acontece en el *sub examine*, lo decidido cuenta con suficientes fundamentos de la citada índole que, al margen de su acierto o error, basta para sustentarlo y excluir su descalificación en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias (Fallos: 317:226; 322:702 y 1660, entre otros).

Ello es así, toda vez que el magistrado ponderó las circunstancias en las que se produjo el secuestro del folleto que obra a fs. 3, el hecho de que esta especialidad medicinal requiera receta para su expendio, así como que –por tal razón– su difusión al público se encuentra vedada. También desestimó la hipótesis de los actores respecto a que el citado folleto estaba dirigido a los profesionales del arte de curar y a que fuera necesaria una cantidad “relevante” de ellos para tener por configurado el tipo penal. Tal ponderación, por otro lado, lo llevó a reducir el monto de las multas impuestas en sede administrativa por considerarlas elevadas. Sobre tales bases, si bien con argumentos sintéticos pero que transponen el umbral exigido para ponerlo a resguardo de una tacha de arbitrariedad, consideró que se hallaban reunidos los extremos legales para tener por acreditada la infracción al art. 19, inc. d, de la ley 16.463.

– V –

En tales condiciones, opino que el recurso extraordinario interpuesto fue incorrectamente concedido y, por ende, que corresponde declararlo improcedente. Buenos Aires, 13 de julio de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Gador S.A. Lynch, Josefina M. s/ infracción ley 16.463".

Considerando:

Que esta Corte comparte lo expuesto en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a lo que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara improcedente el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso extraordinario interpuesto por **los actores en autos Gador S.A. y Josefina M. Lynch, directora técnica farmacéutica,** representados por el Dr. **Andrés Carlos Denes,** en su carácter de apoderado de ambos, con el patrocinio letrado del **Dr. Andrés Miguel Somodi.**

Traslado contestado por **Administración Nacional de Medicamentos Alimentos y Tecnología Médica,** representada por el Dr. **Adrián El Galli Basualdo.**
Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 6.**

AUCHAN ARGENTINA S.A.

NOTIFICACION.

La adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Si el auto denegatorio del recurso extraordinario fue dictado sin haber notificado a la Dirección Provincial de Comercio Interior de Buenos Aires de la interposición de dicho remedio, corresponde suspender la tramitación de la queja y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se notifique debidamente al organismo, el traslado del recurso.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

El Juzgado Federal N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, resolvió confirmar la resolución dictada por la titular de la Dirección Provincial de Comercio Interior de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto impuso a Auchan Argentina S.A. una multa de treinta mil pesos (fojas 64 a 67 vuelta de este incidente).

Contra ese pronunciamiento la representante de la sociedad sancionada interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria (fojas 93 del legajo) dio lugar a la presente queja.

– II –

Según surge del expediente principal, presentado el recurso extraordinario por la apoderada de Auchan Argentina S.A., el juez federal lo declaró inadmisible (fojas 161), sin dar cumplimiento a la disposición que establece el art. 257, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto que no se dio vista al Ministerio Público ni se corrió traslado a la autoridad presentante a fojas 102 a 103 vuelta. Esta omisión –en opinión de V.E.– reviste trascendencia, habida cuenta de que conforme al criterio reiteradamente sostenido por el Tribunal, la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso tiene por objeto conceder a los interesados la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos: 317:395, sus citas, y los precedentes recientes: F.548.XXXVII en autos "Falabella S.A. s/ ley 22.802 Sec. de Comercio –expte. 064-005665/99–"; y C.958.XXXVII en autos "Cencosud S.A. s/ 22.802 Secretaría de Industria y Comercio –expte. 064-001200/98–", ambos del 27 de junio de 2002).

– III –

Por lo expuesto, considero que V.E. puede dejar sin efecto el pronunciamiento de fojas 161 del principal, debiéndose remitir las actuaciones al *a quo*, para que sustancie la apelación extraordinaria, de conformidad con lo preceptuado en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, oportunamente, resuelva acerca de su procedencia. Buenos Aires, 25 de octubre de 2004. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Auchan Argentina S.A. en la causa Auchan Argentina S.A. s/ infracción ley 22.802", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, según surge de las constancias de los autos principales, el auto denegatorio del recurso extraordinario fue dictado sin haber notificado a la Dirección Provincial de Comercio Interior de Buenos Aires de la interposición de dicho remedio (cfr. fs. 161).

2°) Que este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos: 313:848; 319:741).

3°) Que, en tales condiciones y en atención a las particularidades del *sub examine*, corresponde suspender la tramitación de la presente queja y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se notifique debidamente, al organismo administrativo referido, el traslado del recurso extraordinario federal interpuesto por Auchan Argentina S.A. a fs. 137/159 vta.

Por ello, y lo dictaminado en concordancia por la Procuración General, se resuelve: suspender la tramitación de la presente queja, desagregar los autos principales y devolverlos al tribunal de origen a los fines expresados en el considerando tercero, con copia de la presente resolución. Hágase saber al apelante y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DOMINGO ALBERTO ELIZALDE
v. SIEMBRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Seguridad social.

En el contexto interpretativo de los arts. 14, 15 a 17, 18 y 19 de la ley 24.463 es evidente que lo relativo a la regulación de honorarios de los profesionales

intervinientes en el trámite judicial, por remitir al examen de una cuestión de índole procesal y accesoria, no está comprendido entre las materias que habilitan su revisión por la Corte mediante la vía recursiva ordinaria del art. 19 de la ley citada.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por María Elena García en la causa Elizalde, Domingo Alberto c/ Siembra Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social denegó el recurso de apelación que había sido interpuesto contra la regulación de honorarios practicada a favor de la letrada del actor, con fundamento en que resoluciones como la impugnada no son susceptibles del remedio previsto en el art. 19 de la ley 24.463, pues el criterio para calificar de definitiva a una sentencia en los términos de dicha norma, es mucho más severo que en el ámbito del art. 14 de la ley 48. Frente a tal decisión, la mencionada profesional dedujo la presentación directa en examen.

2°) Que la recurrente no rebate en forma apropiada el argumento decisivo del pronunciamiento que cuestiona, lo que constituye un motivo bastante para desestimar la queja. Sin perjuicio de ello es preciso señalar que, más allá del reproche constitucional de que pueda ser objeto el mencionado art. 19 de la ley 24.463 (circunstancia no planteada en el caso pero que ha sido objeto de reciente pronunciamiento en la causa I.349.XXXIX. "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", del 29 de marzo de 2005), lo cierto es que, de conformidad con los criterios elaborados por el Tribunal, la materia que aquí se intenta traer a su consideración resulta ajena a la competencia que dicha norma le atribuye.

3°) Que, en efecto, en el precedente que se registra en Fallos: 321:730 se había expresado "que una adecuada hermenéutica de la

ley debe atender a la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento vigente, y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 314:1445 y muchos otros). No corresponde, pues, ceñirse exclusivamente a la literalidad del art. 19 de la ley 24.463, sino que esta norma debe ser interpretada en su contexto. En este sentido, se halla inserta en el Capítulo II –"Reforma al procedimiento judicial de la seguridad social"– del Título I de la ley, denominado "De las reformas al sistema integrado de jubilaciones y pensiones". El art. 14, con el que se inicia el capítulo, precisa su alcance en estos términos: "El procedimiento de impugnación judicial de los actos administrativos de la Administración Nacional de Seguridad Social, se regirá por las disposiciones del presente capítulo". A continuación, está prevista la actuación en la primera instancia (arts. 15 a 17) y en grado de apelación (art. 18), con recurso ordinario ante este Tribunal (art. 19), sin límite de monto" (considerando 2° del voto de la mayoría).

4°) Que, en el contexto interpretativo mencionado, es evidente que lo relativo a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en el trámite judicial, por remitir al examen de una cuestión de índole procesal y accesoria, no está comprendido entre las materias que habilitan su revisión por esta Corte mediante la vía recursiva ordinaria que se ha pretendido transitar en el *sub lite*. En consecuencia, corresponde disponer el rechazo de la queja toda vez que la apelación deducida ha sido correctamente denegada.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social denegó el recurso de apelación que había sido interpuesto contra la regulación de honorarios practicada a favor de la letrada del actor, con fundamento en que resoluciones como la impugnada no son susceptibles del remedio previsto en el art. 19 de la ley 24.463, pues el

criterio para calificar de definitiva a una sentencia en los términos de dicha norma, es mucho más severo que en el ámbito del art. 14 de la ley 48. Frente a tal decisión, la mencionada profesional dedujo la presentación directa en examen.

2°) Que, sin perjuicio de que la recurrente no rebate en forma apropiada el argumento decisivo del pronunciamiento que cuestiona –lo que constituye motivo bastante para decidir el rechazo de la queja–, cabe observar que, de conformidad con los criterios elaborados por el Tribunal, la materia que se intenta traer a su consideración en el caso resulta ajena a la competencia que la regulación legal le atribuye. En efecto, en el precedente que se registra en Fallos: 321:730 se ha expresado "que una adecuada hermenéutica de la ley debe atender a la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento vigente, y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 314:1445 y muchos otros). No corresponde, pues, ceñirse exclusivamente a la literalidad del art. 19 de la ley 24.463, sino que esta norma debe ser interpretada en su contexto. En este sentido, se halla inserta en el Capítulo II –'Reforma al procedimiento judicial de la seguridad social'– del Título I de la ley, denominado 'De las reformas al sistema integrado de jubilaciones y pensiones'. El art. 14, con el que se inicia el capítulo, precisa su alcance en estos términos: 'El procedimiento de impugnación judicial de los actos administrativos de la Administración Nacional de Seguridad Social, se regirá por las disposiciones del presente capítulo'. A continuación, está prevista la actuación en la primera instancia (arts. 15 a 17) y en grado de apelación (art. 18), con recurso ordinario ante este Tribunal (art. 19), sin límite de monto" (considerando 2° del voto de la mayoría).

3°) Que, en el contexto interpretativo mencionado, es evidente que lo relativo a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en el trámite judicial, por remitir al examen de una cuestión de índole procesal y accesoria, no está comprendido entre las materias que habilitan su revisión por esta Corte mediante la vía recursiva ordinaria que se ha pretendido transitar en el *sub lite*. En consecuencia, corresponde disponer el rechazo de la queja toda vez que la apelación deducida ha sido correctamente denegada.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso de hecho interpuesto por la **Dra. María Elena García,** por su propio derecho, con el patrocinio de la **Dra. Ilona María Atiles.**
Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social.**

OSVALDO EUGENIO GAGLIARDO Y OTRO
v. FERNANDO MARCELO MOIGUER Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Se aparta de las constancias de la causa y de los términos de la litis, con menoscabo del derecho de defensa para el justiciable, la sentencia que condenó al recurrente a pagar solidariamente una indemnización impuesta a una sociedad y a sus socios en un proceso en el que no había sido parte.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Contradicción.

Es contradictoria la sentencia que, por un lado, condena a la demandada en los términos del art. 279 de la Ley de Sociedades, y por otro, manda asumir en forma solidaria la condena impuesta a los codemandados en un tercer expediente a favor de una sociedad, pues la acción prevista en el art. 279 es una acción personal y no societaria, y con la solución propiciada, el demandado termina condenado –solidariamente con una sociedad y sus socios–, a pagar una suma de dinero a la sociedad actora en un juicio en el que no ha sido parte.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no fijó una indemnización para los socios actores, como fue solicitado en la demanda, sino que se limitó a imponer al demandado la condena a pagar solidariamente una indemnización impuesta a una sociedad y a sus socios en un proceso en el que éste no fue parte, lo que traduce una violación a los términos de la litis, y afecta de manera directa e inmediata la garantía del debido proceso legal (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala "A", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocó parcialmente en fallo apelado, estableciendo que el demandado Fernando Marcelo Moiguer, debe asumir solidariamente la condena impuesta a los demandados en los autos "Mayéutica S.R.L. c/ Entrepreneur y otros s/ sumario", en la medida del interés que poseían los aquí actores en Mayéutica S.R.L. a la fecha de exclusión del citado codemandado como socio (v. fs. 1136 y vta).

Para así decidir, dijo que si bien las presentes actuaciones no fueron acumuladas con las anteriormente referidas, lo cierto es que el contenido y alcance de los fallos dictados en ambos juicios, resultan demostrativos de la existencia de una comunidad de elementos que hacen a la continencia de la causa, cuya división debe evitarse por razones de conexidad, en tanto resultan complementarios.

Con remisión a su pronunciamiento anterior (fs. 950 puntos 19 y 20) sostuvo que existía condena específica contra Moiguer con sustento en lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley de Sociedades.

La cuantificación del daño en cuestión –prosiguió–, encuentra adecuada justificación en las probanzas de estas actuaciones a las que justamente se hace referencia expresa en el fallo dictado en aquellas otras actuaciones (ver especialmente pto. 10 de sentencia del 24 de marzo de 2000 *in re* "Mayéutica S.R.L. c/ Entrepreneur S.A. y otros s/ sumario").

Manifestó, finalmente, que no se trata en el caso de superposición de condenas sino lisa y llanamente de complementación de ambos fallos.

– II –

Contra este pronunciamiento, el codemandado Fernando Marcelo Moiguer, interpuso el recurso extraordinario de fs. 1142/1164, cuya denegatoria de fs. 1189 motiva la presente queja.

Acusa arbitrariedad de la sentencia en cuanto en varios aspectos no habría respetado el debido proceso.

Alega que ha sido condenado a asumir solidariamente la condena impuesta a una sociedad y a sus socios en un expediente en el que no ha sido parte y por lo tanto no ha tenido oportunidad de ejercer las defensas inherentes a sus derechos.

Señala que la sentencia dictada el 24 de marzo de 2000 estableció que los rubros y montos de la indemnización acordada en los autos "Mayéutica c/ Entrepreneur S.A. s/ sumario" resultarían de suma utilidad, pero siempre a los efectos de calcular el daño producido a las personas de los actores en sus propios patrimonios, ya que de ningún modo puede derivarse que el señor Moiguer debe asumir en forma solidaria la condena impuesta a los demandados en aquellos autos. Si así hubiera sido –afirma–, la Cámara debió haber fijado el monto de la condena junto con el dictado de la sentencia de fondo.

Reprocha que el *quantum* de la condena excede notoriamente la pretensión de la actora. Afirma que ésta, al momento de ampliar la demanda, accionó por la suma de u$s 90.492 (equivalentes a Australes 534.000), y obtuvo una sentencia indemnizatoria de $ 4.302.816, es decir poco más de 47 veces el monto reclamado. De ello surge claramente –prosigue– que el decisorio viola el principio de congruencia.

Aduce que la sentencia es contradictoria en cuanto, por un lado, sostiene que se condena a la demandada en los términos del art. 279 de la ley 19.550, y, en virtud de dicha norma, manda asumir en forma solidaria la condena impuesta a los codemandados en un tercer expediente a favor de una sociedad. Expresa que la contradicción consiste en la circunstancia de que da al caso una solución fundada en una norma que jamás permitiría dicha solución. Señala que la acción prevista en el art. 279 es una acción personal y no societaria, y que la Cámara ha superpuesto acciones sociales con acciones individuales.

Manifiesta que por mayor que sea la comunidad de elementos que exista entre las dos causas, en uno y otro caso las partes son diferentes y por lo tanto no puede condenarse al apelante a asumir en forma solidaria la condena impuesta en los autos "Mayéutica c/ Entrepreneur".

Sostiene que la Cámara ha prescindido de elementos probatorios contundentes propios de esta causa y relacionados más directamente al daño personal que pudieron haber sufrido los actores, como por ejemplo la pericia contable (fs. 415) que arroja conclusiones precisas, la cual –insiste– se pretende obviar para hacer valer el criterio sustentado en otro decisorio ajeno a su parte.

Expone que el pronunciamiento se limita a afirmar que para la cuantificación del daño resulta sustento adecuado lo expresado en el punto 10 de la sentencia dictada en los autos "Mayéutica c/ Entrepreneur", es decir, que carece de fundamento en las constancias incorporadas a la causa. Dice que la lectura del fallo no permite percibir el itinerario lógico y jurídico del que deriva la resolución invocada.

Argumenta que al tratar solamente los agravios de su parte, la Cámara no tenía jurisdicción para revocar el fallo apelado incrementando el monto de la indemnización y que sólo podía hacer lugar a la apelación o rechazarla.

Se agravia de que la sentencia no da fundamento de por qué resultan complementarias las presentes actuaciones con los autos "Mayétiva c/ Entrepreneur", de por qué se hace solidariamente responsable a su parte de la condena impuesta a terceras personas en un tercer expediente, y de por qué se debe estar a las probanzas de otras actuaciones en las que ni los actores ni los demandados han sido parte, y cuando dichas probanzas no han sido incorporadas en este expediente.

Advierte que los fallos sin fundamentos o con fundamento solo aparente resultan en realidad basados en afirmaciones dogmáticas y en consecuencia son descalificables por arbitrariedad.

– III –

El Tribunal tiene dicho que procede el recurso extraordinario contra el fallo que traduce una violación de los términos en que el tema litigioso fue llevado ante los estrados judiciales, así como un apartamiento de los hechos comprobados de la causa, pues ello entraña un menoscabo a la garantía de la defensa en juicio reconocida por la Constitución Nacional (v. doctrina de Fallos: 311:1969).

En autos se decidió diferir para la etapa de ejecución de sentencia la estimación de los daños y perjuicios pretendidos (ver sentencia de fs. 810/821 confirmada por la Alzada a fs. 943/956). Ahora bien, sin dejar de reconocer la comunidad de elementos y la complementariedad de la presente causa con los autos "Mayéutica S.R.L. c/ Entrepreneur S.A. s/ sumario", se advierte que para la referida determinación de los daños y perjuicios, jamás se pidió una condena solidaria del aquí demandado, con los condenados en la causa conexa.

Asiste razón, entonces, al apelante, en cuanto la sentencia impugnada no fija una indemnización para los socios actores –cual era el objeto del incidente iniciado a fs. 1006 de conformidad con los pronunciamientos de fs. 810/821 y 943/956, considerandos 26 y 27–, sino que se limita a imponer dogmáticamente al demandado, la condena a pagar solidariamente una indemnización impuesta a una sociedad y a sus socios en un proceso en el que no había sido parte. Esta decisión, como se adelantara, se aparta de las constancias de la causa y de los términos de la litis, con menoscabo del derecho de defensa para el justiciable.

El recurrente resulta asimismo acertado en sus dichos, cuando señala que la sentencia es contradictoria en cuanto por un lado, condena a la demandada en los términos del art. 279 de la Ley de Sociedades, y por otro, manda asumir en forma solidaria la condena impuesta a los codemandados en un tercer expediente a favor de una sociedad (el subrayado me pertenece). En efecto, la acción prevista en el art. 279 es una acción personal y no societaria, y con la solución que propicia la Cámara, el aquí demandado termina condenado –solidariamente con una sociedad y sus socios–, a pagar una suma de dinero a la sociedad actora en un juicio en el que no ha sido parte. No está demás advertir, a todo evento, que dicha sociedad actora ("Mayéutica S.R.L.") está también integrada por la esposa del condenado, señora Mónica Cristina Ostromujoff, que, aunque codemandada en estos autos, no fue excluida como socia de Mayéutica S.R.L. (v. fs. 819, segundo párrafo, fs. 820 vta. punto C., fs. 953/954, cons. 25).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 22 de junio de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Fernando Marcelo Moiguer en la causa Gagliardo, Osvaldo Eugenio y otro c/ Moiguer, Fernando Marcelo y otro", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador Fiscal, y se remite a sus fundamentos y conclusiones por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con 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 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, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito de fs. 1. Agréguese la queja al principal, notifíquese y remítanse.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay (*según su voto*).

Voto de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

1°) Con relación a los hechos de la causa y a los agravios planteados por el recurrente, me remito al dictamen del señor Procurador Fiscal, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2°) El recurso extraordinario es procedente en tanto que, al encontrarse en juego la garantía de la defensa en juicio reconocida por el art. 18 de la Constitución Nacional, lo decidido constituye cuestión federal suficiente para habilitar la vía intentada.

3°) En tal sentido la decisión de la cámara no fijó una indemnización para los socios actores, como fue solicitado en la demanda, sino que se limitó a imponer al demandado la condena a pagar solidariamente una indemnización impuesta a una sociedad y a sus socios en un proceso en el que éste no fue parte, lo que traduce una violación a los términos de la *litis*, y afecta de manera directa e inmediata la garantía del debido proceso legal.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 1 y agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario y de queja interpuestos por **Fernando Marcelo Moiguer,** representado por el Dr. **Héctor Gustavo Alonso.**
Traslado contestado por **Osvaldo Eugenio Gagliardo y otro,** representados por el Dr. **Jaime Luis Gagliardo.**
Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 13.**

EDUARDO GABRIEL SEGAL
v. OBRA SOCIAL DE LA ACTIVIDAD DE SEGUROS, REASEGUROS, CAPITALIZACION Y AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

Si bien lo atinente a la existencia o inexistencia de un vínculo laboral entre las partes y la apreciación de los elementos demostrativos de ella, remite al examen de cuestiones de hecho y prueba y de derecho común que, como regla, son propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia extraordinaria, corresponde apartarse de tal principio cuando lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la consideración de extremos conducentes.

Es descalificable el pronunciamiento que, al hacer lugar a la demanda por despido con fundamento en la falta de prueba para revertir la presunción contraria emanada del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, omitió evaluar que el actor –prestador de servicios médicos con consultorio propio instalado y habilitado– no estuvo sometido a un poder de organización y dirección jurídicamente ajeno, sino que contaba con una organización jurídica y económica propia.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que consideró probado el vínculo laboral con fundamento en la periodicidad de los cobros y su liquidación por parte de la demandada, pues tales notas, lejos de resultar concluyentes para demostrar una subordinación como la indicada, pueden encontrarse presentes tanto en una relación comercial como en un contrato de trabajo, pues responden al orden propio de una organización empresarial.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la consideración de extremos conducentes.

Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que –ante la falta de prueba contundente de la condición de empresario y haciendo alusión a las dudas que las características de la relación importan para la debida calificación del vínculo– hizo lugar a la demanda por despido, pues no examinó si las particularidades del régimen de cobro constituían una manifestación genuina del ejercicio del poder de dirección o si, en cambio, eran consecuencia necesaria de la organización y funcionamiento del sistema médico-asistencial al que el peticionante se habría incorporado como prestador, sin alterar, por ende, la condición autónoma de los servicios comprometidos (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala X), denegó el recurso extraordinario de la demandada con apoyo en que no se

trata ninguno de los supuestos del artículo 14 de la ley N° 48 y en que se limita a disentir con la interpretación provista a propósito de cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, ajenas a la instancia de excepción (fs. 361).

Contra dicho pronunciamiento, se alza en queja la demandada, por razones que, en sustancia, reproducen las expuestas en el remedio principal (v. fs. 67/94 del cuaderno de queja).

– II –

La *a quo* revocó el fallo de grado (fs. 244/252) y admitió el reclamo, condenando a la accionada al pago de diversos rubros salariales e indemnizatorios. Para así decidir, consideró que: a) la condición de profesional universitario del actor no obsta a la existencia de un contrato de trabajo, por lo que, acreditada la prestación de servicios a favor de la demandada, aquél debe presumirse, máxime cuando el título del peticionante concierne al giro empresario de aquélla; b) correspondía a la accionada probar la calidad empresarial del peticionante, con prescindencia del nombre o la apariencia conferida al vínculo; c) el pretensor cobraba mensualmente sus prestaciones a la obra social –no a los pacientes– y, si bien la forma remunerativa no hace al contrato, el salario a destajo –por número de consultas, aquí– está previsto en los artículos 104 y 112 de la Ley de Contrato de Trabajo; y, d) la nota tipificante del vínculo la constituye la subordinación jurídica a la demandada, la integración a su estructura y la sujeción a las directivas de sus superiores; no la puesta a disposición de un consultorio, la percepción de supuestos “honorarios” y el no goce de vacaciones, jubilación y otros beneficios de la seguridad social. Desechó, por último, que precedentes invocados por la demandada –el de Fallos: 323:2314, entre ellos– sean referibles a la causa (fs. 316/318).

Contra dicha decisión, dedujo recurso extraordinario la demandada (v. fs. 325/354), que fue contestado (fs. 357/359) y denegado, lo reitero, a fs. 361, dando origen a esta presentación directa.

– III –

Expresado en síntesis, la quejosa aduce que la sentencia incurre en arbitrariedad en tanto, entre otros numerosos defectos, desconoce

las constancias de la causa, se organiza en torno a afirmaciones dogmáticas, excede los términos del recurso de apelación y contraviene los recaudos de un adecuado servicio de justicia; violentando, de tal forma, las garantías consagradas por los artículos 16, 17, 18, 28 y 31 de la Norma Fundamental. Hace hincapié en la trascendencia que reviste el asunto para el sistema de las obras sociales.

– IV –

Sin ignorar que lo relativo a la existencia de una relación de trabajo no corresponde, regularmente, a la instancia de excepción, dicho principio cede cuando, como aquí, no se da un tratamiento adecuado al litigio con arreglo a las constancias de la causa y la normativa aplicable y el fallo se asienta en afirmaciones dogmáticas que sólo lo sustentan en apariencia (Fallos: 315:2514, etc.). En ese sentido, entiendo que el caso guarda relevante similitud con el de Fallos: 323:2314, a cuyos términos, en lo pertinente, habrá de estarse.

Y es que, en mi parecer, también aquí la sentenciadora prodigó un examen al asunto que no se hace cargo de las particularidades que presenta el sistema de contratación de profesionales de la salud por parte de una obra social para la atención de sus afiliados, y, menos aún, de las concretas constancias probatorias, incurriendo en un déficit que se acrece si se consideran los ajustados señalamientos en orden a ellas del magistrado de la anterior instancia, de los que la *a quo* se apartó sin proveer el adecuado fundamento y asintiendo a una impugnación de aptitud recursiva cuanto menos debatible (fs. 260/262).

En efecto, el juez de grado, en el contexto de la ya aludida doctrina de Fallos: 323:2314 y con cita de prueba documental y numerosos testimonios, colocó de resalto que el peticionante no sólo comprometió con la Obra Social su actividad personal, sino, también, un consultorio instalado y habilitado para atención médica, a propósito del cual asumió todas las obligaciones legales, tributarias, laborales, previsionales y toda otra frente a terceros que pudiera derivarse de su actividad como tal, incluso el aseguramiento profesional. Enfatizó que el actor tenía a su cargo los gastos de instalación, manutención y funcionamiento del mismo y del personal que allí se desempeñaba y que, en su ámbito, desenvolvía una actividad empresaria al organizar y dirigir –junto con su padre– un centro médico con especialidad en gastroenterología llamado “CENDIG” (Centro de Diagnóstico Digestivo).

En otro orden, dijo también que, en razón del sistema de retribución implementado –por prestaciones de valor tabulado con arreglo a un nomenclador– el actor asumía un riesgo económico impropio de un trabajador dependiente –a saber: cobrar por un número de prácticas imposible de predeterminar, incluso, eventualmente por ninguna–. En ese plano, describió la relación con la obra social como un medio de captación masiva de pacientes por los que cobraba sus honorarios por prestaciones y en forma arancelada; caracterizando los ingresos que percibía de la demandada como la contraprestación de la actividad empresaria organizada y dirigida junto su padre y no como la retribución de un servicio personal.

Desechó que quepa apreciar los valores uniformes del nomenclador como la expresión del sometimiento del actor a una organización económica ajena, sino, antes bien, como fruto de la especulación económica propia de todo empresario que opta por reducir las ganancias por unidad de servicio a cambio de otra global superior derivada del mayor número de "clientes". Conceptualizó así la actividad de la obra social como una intermediación entre el afiliado y el médico para favorecer la prestación del servicio a los trabajadores y sus familias, a un bajo costo; al tiempo que hizo hincapié en que el era el propio actor quien fijaba sus horarios de atención a los pacientes y disponía de la facultad de determinar el lapso de descansos y vacaciones.

Por último, nuevamente con cita de Fallos: 323:2314, consideró que la sujeción a ciertas pautas y directivas así como la existencia de auditorías y controles, no constituye una nota distintiva de un vínculo subordinado sino de toda locación de obra o servicios; y, en el caso particular –añadió el magistrado– encuentra su razón de ser en la satisfacción de un interés social antes que en el ejercicio de un poder de mando (fs. 244 /252).

En resumen, el juez de grado subrayó que el actor comprometió, en primer término, una tarea –susceptible, inclusive, de ser sustituida en el contexto de las prestaciones generales del centro médico aludido–; y, en segundo, una organización de recursos materiales, inmateriales y humanos –empresaria– cuyo sostén económico, riesgo y dirección asumió junto a su padre, y en cuyo marco concertó su relacional prestacional con la accionada.

Vale referir que los señalamientos del magistrado –particularmente, los de tenor fáctico– guardan, *prima facie*, un correlato razonable

con los testimonios de fs. 151, 153, 180, 189, 192, 198 y 202 –cabría añadir aquí los dichos del actor de fs. 304–; y con las documentales de fs. 59/64 y 65/68 –obrantes en la carpeta "A" del Anexo N° 573– y fs. 110, 116, 118, 122, 130, 135, 137, 141 y 143, etc. –obrantes, también, en el Anexo– reconocidas por actor y progenitor a fs. 142 y 222; invocadas todas por el juez de grado (fs. 244/252).

– V –

Frente a lo expuesto, amén de lo dicho con anterioridad, la alzada estructuró una argumentación de tenor meramente discrepante que, amén de hacerse eco de extremos no debatidos –por ej., el referido a la relación habida entre profesiones liberales y contrato de trabajo– discurre sin hacer referencia a probanza concreta alguna que permita controlar la razonabilidad de sus conclusiones; supuesto que se torna grave particularmente en cuanto se refiere a la falta de prueba contundente de la condición de empresario del actor y a los extremos relativos a la subordinación jurídica, sujeción del profesional a directivas de sus superiores, integración a la estructura de la demandada, etc.; máxime, en un contexto en el que la propia alzada hace alusión a las dudas que las características de la relación importan para la debida calificación del vínculo (fs. 316 vta. /317).

Sin perjuicio de ello, entiendo que la *a quo* incurrió además aquí en un defecto similar al reprochado por V.E. en Fallos: 323:2314; a saber: no examinar si, por ejemplo, las particularidades del régimen de cobro constituían una manifestación genuina del ejercicio del poder de dirección o si, en cambio, eran consecuencia necesaria de la organización y funcionamiento del sistema médico-asistencial al que el peticionante se habría incorporado como prestador, sin alterar, por ende, la condición autónoma de los servicios comprometidos.

La índole de la solución a que se arriba considero que me exime de tratar los restantes agravios; sin que lo dicho implique abrir juicio sobre la solución que, en definitiva, proceda adoptar sobre el fondo del asunto.

– VI –

En mérito a ello, considero que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia y dispo-

ner que vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien proceda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo indicado. Buenos Aires, 7 de octubre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Segal, Eduardo Gabriel c/ Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 316/318 vta. de los autos principales, cuya foliatura se citará en adelante) que, al revocar la de primera instancia, hizo lugar a la demanda de salarios e indemnizaciones por despido, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario (fs. 325/354) cuya denegación motivó la presente queja.

2°) Que si bien lo atinente a la existencia o inexistencia de un vínculo laboral entre las partes y la apreciación de los elementos demostrativos de ella, remite al examen de cuestiones de hecho y prueba y de derecho común que, como regla, son propias de los jueces de la causa y ajenas a esta instancia extraordinaria, corresponde apartarse de tal principio toda vez que, como ocurre en el caso, lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa (Fallos: 312:1831; entre otros).

3°) Que, efectivamente, por una parte, el tribunal de alzada afirmó en forma dogmática que la demandada no había aportado prueba contundente para revertir la presunción contraria emanada del art. 23 de la Ley de Contrato Trabajo (fs. 316 vta.), omitiendo toda referencia

a las numerosas constancias probatorias expresamente evaluadas en la sentencia de primera instancia en sentido opuesto.

Según dichas constancias el actor, prestador de servicios médicos con consultorio propio instalado y habilitado, había asumido la totalidad de las obligaciones legales, tributarias, laborales, previsionales y toda otra responsabilidad frente a terceros que pudiera derivarse de su actividad como tal; tuvo a su cargo los gastos de instalación, manutención y funcionamiento del consultorio así como del personal que allí se desempeñaba; como prestación fundamental aportó a la obra social demandada, más que su trabajo personal, una infraestructura organizada y dirigida junto con su padre en el marco de la actividad empresaria que ambos desarrollaban en conjunto en el centro médico que explotaban; todo lo cual significó para aquél la posibilidad de incrementar su clientela mediante la captación masiva de pacientes, por los que cobraba sus honorarios, por prestaciones y en forma arancelada; y no estuvo sometido a un poder de organización y dirección jurídicamente ajeno, sino que –en el marco de su propia organización jurídica y económica– fijaba sus horarios de atención a los pacientes y disponía de la facultad de fijar el lapso para sus descansos y vacaciones (confr. fs. 245/251).

4°) Que, por otra parte, la cámara consideró que lo “realmente tipificante, en lo que a aspectos esenciales de la relación se refiere, es la subordinación jurídica con la demandada, la integración a su estructura y la sujeción del profesional a directivas de sus superiores” (fs. 317). Sin embargo, no sólo omitió precisar de qué modo tales notas se daban en este caso, sino que mencionó otras (periodicidad de los cobros y su liquidación por parte de la demandada) que, lejos de resultar concluyentes para demostrar una subordinación como la indicada, pueden encontrarse presentes tanto en una relación comercial como en un contrato de trabajo pues responden al orden propio de una organización empresarial.

5°) Que, habida cuenta de lo expuesto, la decisión impugnada contiene defectos de fundamentación que la descalifican como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, con directa afectación de las garantías constitucionales invocadas (art. 15, ley 48).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General, 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 anterior a efectos de que, según corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación, al que se remite en razón de brevedad.

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 para que, por quien corresponda, se dicte nueva sentencia con arreglo a la presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por **la demandada (Obra Social de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda),** representada por el Dr. **Carlos Alberto Miodownik Vera.**
Tribunal de origen: **Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 20.**

JULIO HECTOR SIMON Y OTROS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.

Son equiparables a sentencia definitiva las resoluciones que importan la restricción de la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y le ocasionan un perjuicio de imposible reparación ulterior.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Si el proceder del imputado se ajustó a las reglas establecidas y aceptadas por la doctrina imperante, corresponde examinar los agravios invocados como de naturaleza federal, pues la autoridad institucional del nuevo precedente –que estableció que la Cámara Nacional de Casación Penal constituye el tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48– debe comenzar a regir para el futuro.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

Es violatorio del derecho constitucional de defensa el pronunciamiento fundado en el viraje jurisprudencial operado a partir de un nuevo precedente, pues se desvirtúa la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que debe atenerse al momento de intentar el acceso a la instancia revisora.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

Uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional de la defensa en juicio es el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

La decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Casos varios.

Lo atinente al alcance otorgado por la cámara *a quo* a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, constituye una materia que, como regla, es ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Corresponde rechazar el agravio fundado en que la situación procesal del imputado ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por el querellante para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si tal planteo estaba ínsito en el requerimiento fiscal; máxime cuando la postura mayoritaria de la Corte Suprema sostiene la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental.

DERECHOS HUMANOS.

La progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones –como las que determinaron el dictado de la ley 23.521 de obediencia debida– cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

DERECHOS HUMANOS.

A partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los que determinaron el dictado de las leyes de punto final y obediencia debida.

AMNISTIA.

Si bien el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. Las leyes 23.492 y 23.521 que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Incumbe a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La vigencia de los derechos humanos, incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y las derivaciones concretas de dicho deber han llegado, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que las leyes 23.492 y 23.521 hayan sido dictadas por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino) era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

El vicio fundamental de las leyes de punto final y obediencia debida no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen su anulación, y resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos.

AMNISTIA.

Toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La mera derogación de las leyes de punto final y obediencia debida, si no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultraactividad de la ley penal más benigna, no alcanza a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

DERECHOS HUMANOS.

A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de crímenes contra la humanidad.

DERECHOS HUMANOS.

La sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

DERECHOS HUMANOS.

El sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521 fue el de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

DIVISION DE LOS PODERES.

Si bien desde una perspectiva estrictamente formalista, la ley 25.779 podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que –al declarar la nulidad insanable de una ley– viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada –o, en su caso, rechazada– por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular.

DIVISION DE LOS PODERES.

La declaración de nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, efectuada por la ley 25.779, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Corresponde declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, la validez de la ley 25.779 y, a todo evento, de ningún efecto dichas leyes de punto final y obediencia debida y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Si el imputado interpuso simultáneamente recursos de inconstitucionalidad ante la Cámara de Casación y extraordinario federal ante la Corte, y frente al rechazo de ambos, dedujo queja ante la Cámara de Casación y ante el Tribunal, la desestimación de la queja por la Cámara de Casación, sin que contra esta decisión interpusiera recurso extraordinario, constituye la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, por lo que el remedio federal interpuesto contra la sentencia de cámara resulta prematuro (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Si la mayoría de los jueces de la Corte Suprema consideró satisfecho el requisito del superior tribunal de la causa, corresponde ingresar al examen de las cuestiones federales propuestas por el recurrente (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

La República Argentina, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como referencia al derecho internacional de los derechos humanos, la cual implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya incorporado haciéndolo interno (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

El art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados, indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

La armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

Cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que el tratado no

sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que el tratado no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por la Corte Suprema para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75, inc. 22, de la Constitución lesiona el art. 30 sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

La "referencia" que hace la Constitución es a los tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento; ello implica que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Como fuente de derecho interno, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos

lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

TRATADOS INTERNACIONALES.

El deber de aplicación de los tratados suscriptos con otro Estado adquiere particular relevancia cuando se hallan en juego delitos de acción pública, en que el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigar. Tiene la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales a fin de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares; y esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DERECHOS HUMANOS.

El desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana) (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DERECHO DE GENTES.

Los delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en el art. 118 de la Constitución Nacional sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

COSTUMBRE INTERNACIONAL.

Los delitos contra el derecho internacional pueden fundar la jurisdicción universal de cualquier Estado según la costumbre internacional por violar una norma de *ius cogens* en modo sistemático lesionando el derecho internacional (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quiere o no puede cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, debe en consecuencia aceptar la habilitación de la jurisdicción universal a tales fines (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

IUS COGENS.

Es un principio de interpretación general que las normas de derecho estatal deben entenderse en modo que armonicen con las normas del derecho internacional. Tanto más tratándose de normas de *ius cogens* (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Si alguna improbable interpretación de las leyes 23.492 y 23.521 condujese al resultado de juzgar amnistiados delitos de lesa humanidad aquéllas serían tanto manifiestamente contrarias al derecho internacional como al derecho constitucional argentino (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

COSTUMBRE INTERNACIONAL.

Las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Las leyes 23.492 y 23.521 son inaplicables a los delitos de lesa humanidad o son inconstitucionales si fuesen aplicables a los delitos de esa laya (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS.

Es misión de la Corte Suprema velar por el cumplimiento del *ius cogens*, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

No se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consue-

tudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

LEY PENAL MAS BENIGNA.

El principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo, rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

La Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución. Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

DERECHO DE GENTES.

Los arts. 18 y 118 de la Constitución Nacional no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone, aunque obviamente, no establece, los principios del derecho de gentes (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Si bien el Poder Judicial es el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto la vinculación constitucional alcanza a todos los poderes constituidos, sin duda el Poder Legislativo en su condición de órgano representativo de la voluntad popular en el contexto de un Estado constitucional de derecho, es el primer obligado a dar cuenta del grado de adecuación de su accionar en los términos del mandato constitucional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

El art. 75, inc. 22, de la Norma Fundamental, al reconocer jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, a las condiciones para hacer posible la plena vigencia de los derechos fundamentales protegidos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

ESTADO DE DERECHO.

La plenitud del estado de derecho no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

PREAMBULO.

El principio preambular de “afianzar la justicia” constituye un propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

La admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

El texto constitucional y su interpretación y acatamiento no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial, dentro del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin duda es el intérprete último en el caso concreto pero no el único cuando se trata de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al mandato constituyente (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

En el ámbito del Poder Legislativo las directrices del Preámbulo, y la disposición del art. 75, inc. 32, de la Constitución Nacional, otorgan un marco adecuado de habilitación para que el Congreso de la Nación se sienta obligado a dar una respuesta legislativa excepcional –declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521– para satisfacer desde lo institucional las consecuencias que nacen de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y con el fin preciso de proteger al Estado argentino de eventuales responsabilidades en el orden internacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

En su condición de poder constituido alcanzado por las obligaciones nacidas a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional en la materia, estando en juego la eventual responsabilidad del Estado argentino y con el fin último de dar vigencia efectiva a la Constitución Nacional, el Poder Legislativo –al declarar la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida– ha considerado oportuno asumir la responsabilidad institucional de remover los obstáculos para hacer posible la justiciabilidad plena en materia de delitos de lesa humanidad, preservando para el Poder Judicial el conocimiento de los casos concretos y los eventuales efectos de la ley sancionada (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Las leyes deben ser interpretadas de la manera que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional, a fin de que sólo se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

LEY: Interpretación y aplicación.

Toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicamente posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una *ultima ratio* de orden jurídico (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Es inconstitucional la ley de obediencia debida pues las presunciones *iuris et de iure* por ella establecidas implicaron la invasión por parte del Poder Legislativo de funciones propias del Poder Judicial (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

La sanción de la ley de obediencia debida implicó dejar sin protección bienes jurídicos elementales de determinados habitantes, como la vida y la libertad, a diferencia de los bienes jurídicos del resto de la población, quedando sin castigo la muerte y otros delitos contra miles de individuos en un período de tiempo cierto –desde 1976 a 1983– construyendo así una especial categoría de personas que no tenían derecho a la protección del más sagrado de los bienes como la vida humana (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

AMNISTIA.

La ley 23.492, de punto final, constituye una ley de amnistía encubierta, no sólo por el fin invocado para sancionarla, sino porque otras características –limitada para hechos del pasado y exiguo plazo de prescripción– la alejan claramente del instituto de prescripción y la asimilan a una amnistía (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Las leyes 23.492 y 23.521 desconocieron todo rol a las víctimas y a sus familiares de acudir a los tribunales a solicitar el esclarecimiento y sanción penal de los responsables, lo que los obligó a conformarse con caminos alternativos, pese a ser los afectados directos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

El sistema internacional de protección de los derechos humanos se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

En la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

El sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que –de algún modo– lo trascienden, pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHO DE GENTES.

La Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía del derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHO DE GENTES.

En los casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas –sometidas a persecuciones provenientes de una organización criminal sustentada en la estructura estatal– corresponde atender a una interpretación dinámi-

ca del art. 118 de la Constitución Nacional para responder –en el estado de avance cultural actual– a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el derecho de gentes (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHO DE GENTES.

La importancia de la incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país no queda limitada a la exclusiva consideración de las normas locales, sino que se encuentra, por el contrario, interrelacionada con el sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone, en definitiva, la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravian a todo el género humano (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

IUS COGENS.

La consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía –al momento en que se produjeron los hechos investigados– un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones, que las vincula, y que es conocido como *ius cogens* (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

IUS COGENS.

El *ius cogens* constituye la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

IUS COGENS.

La prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

El castigo a los crímenes contra la humanidad proviene directamente de los principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorpora con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

A la fecha de comisión de los hechos imputados, las fuentes del derecho internacional imperativo ya consideraban como aberrante la ejecución de cierta clase de actos, por lo que esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

TRATADOS INTERNACIONALES.

La integración entre los principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22) (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

La reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar –como principio ya existente– la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ya se encontraban vigentes al momento de la sanción de las leyes 23.492 y 23.521 (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

La negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas, pues la incorporación de estos derechos al derecho positivo universal mediante las convenciones de protección de diversos derechos humanos, ha supuesto el reconocimiento del carácter esencial de protección de la dignidad humana (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

Al momento de la sanción de las leyes 23.492 y 23.521 existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

El sistema internacional imperativo, reconocido por todas las naciones civilizadas y el sistema internacional de protección de los derechos humanos –Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La esencia misma de los crímenes de lesa humanidad impide considerar que tales delitos puedan considerarse soslayados por el mero hecho de que la querella no continúe con la denuncia formulada en tal sentido (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DERECHOS HUMANOS.

Con anterioridad a la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas precisó que existían obligaciones respecto a la desaparición y muerte de personas, e instó a los Estados Parte a adoptar medidas inmediatas y eficaces para determinar los hechos y para someter a la justicia a toda persona que se compruebe que haya sido responsable de la muerte de las víctimas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impedían llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, resultaban claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

De acuerdo con las opiniones emitidas por los órganos interpretativos de los tratados de derechos humanos, específicamente en materia de prescripción, amnistía y obediencia debida, respecto de los crímenes de lesa humanidad, surge claramente que las leyes de "punto final" y "obediencia debida" dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad, frente al derecho internacional al que el Estado se encontraba vinculado, resultaban ineficaces (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Si las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional y para los tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, ello implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y que su realización conlleva una pena (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS.

El delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, pues no cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad contenía una descripción lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas" (art. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis de dicho código) (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS.

Si el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad, aquellos

tipos penales adquirieron un atributo adicional –la condición de lesa humanidad– en virtud de una normativa internacional que las complementó, y la posterior ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes –los delitos de lesa humanidad– opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

La relevancia de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad como mecanismo para el logro de una efectiva persecución de los responsables de crímenes aberrantes surge también de la ley 25.778 que le ha conferido jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, de modo que al deber de punición que corresponde a los tribunales en estos casos se aúna la presencia de una norma positiva de derecho internacional (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

IUS COGENS.

Los principios del *ius cogens* imponen que la Corte Suprema intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la ley 24.584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25.778 (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Las leyes 23.492 y 23.521 fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y conforme a las obligaciones asumidas por la República en ese acto, el Congreso Nacional estaba impedido de sancionar leyes que las violasen (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Las leyes de "punto final" y "obediencia debida" no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarles todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, fue consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, sin que exista problema alguno de tipicidad, pues se trata de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible a partir de lo resuelto conforme al Estatuto de Nüremberg (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La clara jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige que ningún efecto de las leyes 23.492 y 23.521 pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar y, conforme a ello, es menester declarar no sólo su inconstitucionalidad, sino también declararlas inexequibles, es decir, de ningún efecto (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Sin perjuicio de que la Corte Suprema, en función de mandatos de derecho interno y de derecho internacional, declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492

y 23.521 y, más aún, declare expresamente que carecen de todo efecto que de ellas o de los actos practicados en su función, puedan emerger obstáculos procesales que impidan el cumplimiento de los mandatos del derecho internacional, no puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que las declara insanablemente nulas, aplicando a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su art. 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DIVISION DE LOS PODERES.

La ley 23.521, no se ha limitado a amnistiar, sino que, mediante el establecimiento de una pretendida presunción *iuris et de iure* de una causal de exclusión de delito, quiso declarar lícitos o exculpados los delitos cometidos, cuando ésta es una función exclusiva del Poder Judicial y por completo ajena a la incumbencia del legislador (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DIVISION DE LOS PODERES.

En un análisis literal y descontextualizado de la ley 25.779, ésta no sería constitucionalmente admisible, aunque coincida con lo que en derecho corresponde resolver a la Corte Suprema (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Ninguno de los argumentos sostenidos a favor de la constitucionalidad de la ley 25.779 ha pretendido que el Congreso se encuentra habilitado para anular cualquier ley y menos cualquier ley penal en cualquier circunstancia, sino que todos han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional. De todas maneras, esta excepcionalidad debe ser seriamente analizada, a fin de que no devenga ordinario lo que comenzó aceptándose como extraordinario (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

LEY: Sanción, promulgación y publicación.

No debe aceptarse el argumento que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, pues si la coacción de las circunstancias habilitara la posibilidad de que el propio Congreso Nacional anulara sus leyes, no habría razón por la cual no se podrían anular también por otros vicios que acarrean ese efecto en numerosos actos jurídicos, como el error o la ignorancia de las circunstancias, lo que eliminaría toda previsibilidad, condición indispensable para la coexistencia pacífica de toda sociedad (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

LEY: Interpretación y aplicación.

La interpretación extensiva siempre tiene lugar dentro de la resistencia semántica del texto (pues de lo contrario no sería interpretación), en tanto que la integración analógica postula la aplicación a un caso semejante pero no contemplado en la letra de la ley (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La invocación del art. 29 constitucional no puede fundar la excepcionalidad de las circunstancias y la única utilidad que presenta este texto para el caso es la de inspirar la fórmula que la ley 25.779 emplea para disponer la ineficacia de las leyes 23.492 y 23.521 (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Respecto de los argumentos esgrimidos para explicar la excepcionalidad de la circunstancia de la ley 25.779 en el curso de su debate invocando el derecho natural o supralegal, cabe concluir que no es necesaria su invocación, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es –sin duda– aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional, pues cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por dicho tribunal de derechos humanos (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La sanción de las leyes 23.492 y 23.521 es claramente posterior a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional –del que sólo puede ser responsable el Estado argentino– lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

La Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DIVISION DE LOS PODERES.

El orden jurídico debe ser interpretado en forma coherente, no contradictoria, pero la coherencia del orden jurídico no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. Si la contradicción entre normas vigentes facultase para la anulación de leyes, no sería difícil anular la mayoría de las leyes, si las entendemos en sentido literal, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones, porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DERECHOS HUMANOS.

No es admisible que para no violar las Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece, pues el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine* (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DIVISION DE LOS PODERES.

No puede fundarse la habilitación al Congreso Nacional para anular las leyes 23.492 y 23.521 en la necesidad de dotar de coherencia al orden jurídico –cuestión que incumbe al Poder Judicial en su tarea interpretativa y de control de constitucionalidad– y porque no pueden jerarquizarse normas constitucionales, so pena de abrir la puerta para la renovación de viejas racionalizaciones de las más graves violaciones a la Constitución (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, conforme a un elemental principio de prudencia que debe regir las decisiones judiciales (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

LEY: Principios generales.

Toda ley es un "enunciado normativo" que nos permite deducir la "norma" (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía al ratificar los tratados internacionales que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia de la Corte Interamericana, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

El principio universal, que era una mera posibilidad potencial con posterioridad a la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, comenzó a operar en forma efectiva y creciente (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

El principio universal en materia penal tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que incumbía el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La jurisdicción es un atributo de la soberanía y ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad inter-

nacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

La función esencial de la Constitución es la atribución o distribución del poder para el ejercicio de las potestades inherentes a la soberanía (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometidos a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

PREAMBULO.

El Preámbulo de la Constitución Nacional no es una mera manifestación declarativa, sino que cumple una función orientadora de la interpretación de todas las normas del texto máximo (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda respecto de la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y permite resolver las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, como es la inexequibilidad de dos leyes penales nacionales, la reafirmación de la voluntad nacional de ejercer en plenitud la soberanía y la firme decisión de cumplir con las normas internacionales a cuya observancia se sometió en pleno ejercicio de esa soberanía, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DIVISION DE LOS PODERES.

Al dictar la ley 25.779, el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuyese la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Sin perjuicio de reconocer que las leyes 23.492 y 23.521 han perdido todo efecto en función de la ley 25.779, corresponde ratificar que son inconstitucionales, y declarar que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina, a fin de que no queden dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La ley 23.492 introduce una cláusula excepcional de extinción de la acción penal, pues sólo se incluyeron en la ley delitos presuntamente cometidos por determinados individuos dentro de un preciso período histórico; se establecía a su respecto un por demás exiguo lapso extintivo, que aparece alejado de cualquier término de proporcionalidad respecto de la escala penal aplicable al hecho establecida con criterio general en el art. 62 del Código Penal; y se fijaban además para esos supuestos precisas y particulares reglas interruptivas del plazo extintivo, también alejadas de la normativa específica establecida en el art. 67 del Código Penal (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La presunción *iure et de iure* de inculpabilidad que establece la ley 23.521 implica una lisa y llana violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles el ejercicio de atribuciones propias y excluyentes (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

El art. 31 de la Constitución Nacional establece que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y a cualquier norma interna de

jerarquía inferior a nuestra Ley Fundamental, aspecto que fue reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994 al sancionar el art. 75, inc. 22, en su actual redacción, consagrándose así en el propio texto de la Constitución tal principio así como también, de manera expresa, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Las leyes 23.492 y 23.521 aparecen en pugna tanto con el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestra Constitución Nacional cuanto de las normas de nuestro orden interno, por lo tanto, el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictarlas y al hacerlo ha originado un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

Las leyes 23.492 y 23.521 son violatorias del principio de igualdad ante la ley, ya que aparejan un tratamiento procesal de excepción para los sujetos amparados y, de manera simultánea, privan a las víctimas de los hechos, o a sus deudos, de la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el enjuiciamiento y punición de los autores de los actos ilícitos que los damnifican (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Al momento de su sanción, en tanto las leyes 23.492 y 23.521 tenían por efecto liso y llano impedir las investigaciones tendientes a determinar la responsabilidad individual por la comisión de graves delitos cometidos durante la vigencia del gobierno de facto instaurado el 24 de marzo de 1976, y su punición respecto de los autores, encubridores y cómplices, resultaban a todas luces violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Al analizar las opiniones vertidas por los órganos interpretativos de las convenciones sobre derechos humanos, en particular en lo que atañe a temas tales como prescripción, amnistía y obediencia debida, resulta palmario que las leyes 23.492 y 23.521, que apuntaban a procurar la impunidad de los hechos en ellas contemplados, tenían vicios originarios por su grave infracción al derecho internacional de los derechos humanos (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Del debate parlamentario de la ley 25.779 se advierte que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar la infracción al derecho internacional de los derechos humanos que consagraban las leyes de punto final y obediencia debida, y cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de delitos de lesa humanidad, extremo que no había sido cubierto por la ley 24.952, cuyo art. 2 derogaba esas normas (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial. Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS.

La ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los hechos contemplados en las leyes 23.492 y 23.521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos

vinculante para la Argentina, con antelación a su comisión, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, y no puede argumentarse que se trate de una aplicación retroactiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al caso, puesto que la esencia que se recoge en el instrumento internacional era la regla según la costumbre internacional (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Corresponde calificar a los ilícitos como "crímenes contra la humanidad" porque: 1– afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2– son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

Los derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Es característico de los delitos de lesa humanidad el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

ESTADO DE DERECHO.

El estado de derecho no puede estar basado en simples razones de excepción, ni prescindir de fundados principios jurídicos que confieran estabilidad a las decisiones y den seguridad jurídica a los ciudadanos (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

La fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los delitos de lesa humanidad, es la Constitución Nacional (art. 31 Constitución Nacional) en tanto norma fundamental de reconocimiento del estado de derecho, para estos fines,

debe ser entendida como un sistema jurídico integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

Para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo. La Corte ha definido la cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

El derecho humanitario constitucionalizado (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) debe ser interpretado conforme al principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional), para proveer de la suficiente seguridad jurídica que reclama el estado de derecho (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

El fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

La afirmación de que la fuente normativa es el derecho internacional humanitario positivizado, permite seguir admitiendo una regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto "derecho injusto" deba retroceder ante la justicia (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

La ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHO DE GENTES.

El art. 118 de la Constitución Nacional recepta el "derecho de gentes", que implica admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de los juristas, que constituyen un orden común a las naciones civilizadas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHO DE GENTES.

El derecho de gentes es claro en sus efectos, ya que se reconoce su carácter imperativo ("ius cogens"), pero su contenido es todavía impreciso en las condiciones actuales del progreso jurídico, por lo cual es necesario obrar con suma cautela y reconocerle el carácter de fuente complementaria a los fines de garantizar su aplicación sin que se lesione el principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional) (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHO DE GENTES.

Si bien es necesaria la prudencia extrema en el campo de la tipificación de los delitos internacionales con base en el denominado derecho de gentes, la violación de derechos humanos y el genocidio están ampliamente reconocidos como integrantes del derecho de gentes (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

Tras la positivización e internalización de los derechos humanos, aquellos hechos (los delitos de lesa humanidad) que no "pueden" olvidarse, tampoco "deben"

olvidarse. Esa afirmación integra el corpus de nuestra Constitución Nacional (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Dado el grado de madurez del derecho internacional humanitario obligatorio, juzgado en la actualidad, no es posible sostener válidamente la constitucionalidad de la ley 23.492, y para ello es suficiente con la remisión a lo resuelto al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

PUNTO FINAL.

El Congreso de la Nación tiene facultades para dictar leyes de amnistía (art. 75 inc. 20 Constitución Nacional). Pero una ley que clausura no sólo las penalidades sino la propia investigación y condena, priva de toda satisfacción moral a una comunidad aún profundamente dolida por los tremendos horrores sucedidos en esos años (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La ley 23.521, al invadir esferas propias del poder judicial y al consagrar una eximente basada en la obediencia de órdenes reconocibles como ilegales, es inconstitucional, pues impone a los jueces una determinada interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento y, asimismo, consagra una eximente respecto de quienes obraron en cumplimiento de órdenes claramente reconocibles como ilícitas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La clara jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige que ningún efecto de las leyes 23.492 y 23.521 pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período comprendido por ellas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

La sanción de la ley 25.779, en cuanto declara insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521, es una clara demostración de los esfuerzos de la Nación Argentina para cumplir con las normas internacionales a las que se había obligado; y en definitiva, se ha cumplido con la obligación que tiene el Estado de introducir en el derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

NULIDAD.

El meritorio efecto declarativo que se le reconoce a la ley 25.779 debe ser interpretado armónicamente con los límites que la Constitución Nacional y el derecho infraconstitucional establecen para el específico efecto de nulidad (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

ESTADO DE NECESIDAD.

Si se permitiera que el Congreso estableciera nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción, se introduciría una inseguridad jurídica formidable, ya que serían numerosas e imprecisas las situaciones en las que se podrían invocar presiones y necesidades, propias de la actividad legisferante (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

No cabe fundar la nulidad declarada por la ley 25.779 en lo dispuesto en el art. 29 de la Constitución Nacional, pues no se trataría de una interpretación extensiva de la norma, sino de una integración analógica de ese texto, la cual puede ser violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados internacionales incorporados a la Constitución (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS.

El derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

LEY: Interpretación y aplicación.

El argumento de la coherencia del ordenamiento jurídico no habilita al Congreso Nacional a anular una ley penal, pues si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda respecto de la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y permite resolver las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

No hay una violación del principio “nulla poena sine lege”, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

El derecho internacional impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, como la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como la interpretación de tribunales internacionales (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

La decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, máxime si el recurrente no ha demostrado que se verifique una situación que autorice a equiparar esta resolución a una sentencia definitiva, es decir, que aún sin tratarse del pronunciamiento final al que se refiere el art. 14 de la ley 48, impida la continuación del proceso o resuelva un punto constitucional sin posibilidad de revisarlo en una etapa posterior (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales complejas. Inconstitucionalidad de normas y actos nacionales.

Es admisible el recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento contrario a la validez de las leyes federales 23.492 y 23.521 y al derecho de los imputados a no ser sometidos a proceso por los hechos investigados, máxime si el punto constitucional en cuestión no podrá ser revisado en la sentencia definitiva, pues el derecho a no ser sometido a proceso se extinguiría con el dictado de dicha sentencia que convertiría a los procesados en personas condenadas o absueltas (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO DE CASACION.

El auto de procesamiento no es de aquellas resoluciones contra las cuales puede interponerse el recurso de casación (arts. 457, 458 y 459 del Código Procesal Penal de la Nación) (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

El criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental. La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con

poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

El acierto de la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad y, en su caso, en cuál de sus formas, deberá ser examinado por la Corte Suprema en caso que le sea planteado un recurso extraordinario contra el pronunciamiento final, pues –al tratarse de un aspecto que ha de ser materia de decisión en la sentencia definitiva– invocar la improcedencia de tal clasificación para impedir la llegada del proceso a juicio monta tanto como pedir que se resuelva sin juicio aquello que supone su realización (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

De acuerdo con lo dispuesto por los instrumentos internacionales –Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, Estatuto de la Corte Penal Internacional y Convención Americana sobre Derechos Humanos– y a la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana, cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada) (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

El principio de legalidad en cuanto protege la competencia del Congreso para legislar en materia penal, se ha visto cumplido con la doble intervención del poder legislativo, tanto al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad (ley 24.584), cuanto al conferirle “jerarquía constitucional” (ley 25.778) (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

El principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Mediante la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 no se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

La modificación de las reglas sobre prescripción que supone la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no altera el principio de legalidad, ya que no hay frustración de la confianza en el derecho que corresponde asegurar a todo ciudadano fiel a las normas, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

PRESCRIPCION: Principios generales.

El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

En el caso de crímenes contra la humanidad, el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, interés que ésta misma ha declarado inextinguible (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Al ser indiferente el momento de la ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

No puede omitirse la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Ante los antecedentes que resultan de los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y de lo prescripto en los arts. 26 y 28, última parte, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la Convención de 1968: esa es la obligación que asumieron los Estados Partes conforme lo que surge tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.

Es equiparable a sentencia definitiva la resolución que –al confirmar la que había declarado inválidas e inconstitucionales las leyes 23.492 y 23.521 y citó a prestar declaración indagatoria– confirmó el pronunciamiento que había decidido el procesamiento con prisión preventiva del imputado, pues importa la restricción de la libertad del acusado (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal no constituye en los términos del art. 14 de la ley 48 el superior tribunal de la causa, pues la naturaleza de las cuestiones que se debaten revela una clara especificidad cuyo abordaje por la Cámara Nacional de Casación Penal garantizaría seguramente un producto más elaborado. Por otra parte, ante ella podría encontrarse la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Los magistrados de todas las instancias son custodios irrenunciables de los derechos y garantías de la Ley Fundamental, sin perjuicio de la eventual intervención de la Corte Suprema como su intérprete y salvaguarda final (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL.

La intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa en la que se impugna la decisión que declaró la invalidez e inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, lejos de constituir un obstáculo a las garantías del imputado en el proceso penal, importa el aseguramiento de su ejercicio pleno (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Corresponde pronunciarse sobre el mérito de los recursos extraordinarios interpuestos, toda vez que el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, resulta improcedente que ésta se niegue a intervenir, dejando desintegrada a la Corte (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

La decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación, máxime si no se verifica un agravio de insusceptible reparación ulterior, en tanto el impulso procesal se encuentra en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, si los agravios relativos a la posible arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego son dos aspectos que, en el caso en que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y se decretó el procesamiento y prisión preventiva del imputado, aparecen inescindiblemente ligados entre sí (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

En la tarea de interpretar normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones de los jueces de la causa ni por las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Principios generales.

Eliminada una norma, el Poder Legislativo carece de objeto sobre el que declarar su nulidad, en tanto la ley derogada no se encuentra en los órdenes jurídicos subsecuentes a su derogación (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Principios generales.

No existe otra posibilidad de privar de eficacia ultraactiva a una norma derogada, que su declaración judicial de inconstitucionalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Derogación.

Por razones de seguridad jurídica la derogación sólo puede operar para el futuro y no puede afectar o modificar situaciones previamente existentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DIVISION DE LOS PODERES.

Con la pretendida "derogación retroactiva" –mediante la declaración de nulidad de las leyes 23.492 y 23.521, efectuada por la ley 25.779–, el Poder Legislativo se estaría atribuyendo una potestad que no tiene ningún poder constituido de la República, en tanto tampoco el Poder Judicial puede anular leyes en un sistema de control de constitucionalidad difuso; los jueces sólo pueden declarar la inconstitucionalidad para un caso concreto (así como el órgano creador de normas no puede anularlas, el que las controla no puede derogarlas) (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

La única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de manera exclusiva, la declaración de su inconstitucionalidad, que sólo puede hacerse en un caso concreto por parte de un tribunal de justicia (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

La facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede, haciendo trizas, de este modo, el necesario control interórganos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla

cuando –de acuerdo a la opinión de este órgano– sea inconstitucional. En relación de correspondencia, más aún, en conexión de medio a fin, no podría existir supremacía sin la existencia del control de constitucionalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es una garantía del hombre frente al Estado no para que el Estado la oponga frente a un particular que por aplicación de la norma obtuvo un derecho (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

Si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían derechos, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el Congreso. La función esencial de los jueces, ejercida sobre todo a través de este mecanismo de revisión judicial de las decisiones mayoritarias, es precisamente la de proteger los derechos de individuos. Por lo tanto, si se reconocen derechos, ello implica conceptualmente aceptar el control judicial de constitucionalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Principios generales.

Los mecanismos de "nulidad" o "derogación" no pueden ser empleados de un modo indolente sin asumir las premisas adoptadas al elegir uno u otro camino (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Derogación.

No es válido el argumento que pretende legitimar la ley 25.779 con invocación del antecedente de la ley 23.040, por la que se declaraba insanablemente nula la ley 22.924 –de "pacificación nacional"– dictada por el propio gobierno de facto, pues la ley 23.040 no implicó un supuesto de autocontrol, sino que consistió en la reacción de un poder constitucional frente a una norma que pretendió utilizar la misma estructura estatal que posibilitó la comisión de delitos y su ocultamiento, para su autoexculpación (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DERECHOS HUMANOS.

La República Argentina fue uno de los pocos países del mundo que, sin recurrir a tribunales internacionales implantados *ad hoc*, juzgó y condenó a los máximos responsables del terrorismo de Estado, mediante una decisión cuyo valor preventivo respecto de la repetición de violaciones a los derechos humanos no debe ser subestimada (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

AGRAVANTES.

El desmedido poder de hecho y la incontrolada capacidad legisferante alcanzados por los miembros de la Junta Militar pudo mover a sus subordinados a una obediencia cuyos límites les eran muy difícil de precisar, circunstancia que no puede dejar de valorarse, y que en la medida que aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes, hacen más serio el cargo que cabe efectuar a quienes, desde los mandos más altos de la Nación, utilizaron el mecanismo de subordinación característico de las instituciones militares, con finalidades repugnantes a los fines que en situaciones normales debían animar a aquéllas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

OBEDIENCIA DEBIDA.

El dominio del curso de los acontecimientos por el superior limitaba el campo de decisión autónoma del subordinado y reducía a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la licitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

GOBIERNO DE FACTO.

La ley 22.924 vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción, en tanto quedaban directamente impunes hechos aberrantes y no discriminaba la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de los hombres de las instituciones armadas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

COSA JUZGADA.

Las decisiones dictadas con fundamento en la ley 22.924 no alcanzaban el carácter de cosa juzgada, en tanto no a toda sentencia judicial debía reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a las que han sido precedidas de un procedimiento contradictorio, no pudiendo tenerse por tales a aquellas donde la parte contraria, o el interés social –que se expresa a través del Ministerio Público– no habían tenido auténtica ocasión de ser oídos, posibilidad que dicha ley de facto estaba destinada a impedir, máxime ante la inexistencia de una “cabal independencia en el actuar de los magistrados” (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

OBEDIENCIA DEBIDA.

La validez constitucional de la ley de obediencia debida se afirmó tanto por su origen como por su contenido, circunstancias que la diferenciaban claramente de la Ley de Pacificación Nacional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La constitucionalidad de la ley de obediencia debida se sostuvo en el respeto irrenunciable al principio de división de poderes, al no incumbir al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones propias del Congreso Nacional, que podía válidamente establecer que determinados hechos no serían punibles, pues es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

OBEDIENCIA DEBIDA.

La ley 23.521 no supone en modo alguno sustraer de los jueces las causas en las que intervienen ni afecta la tarea de juzgar acerca de la eximente de obediencia debida, pues en cada caso debía considerarse si los imputados participaron en la elaboración de órdenes o tuvieron el poder de decisión como para enervarlas, a los efectos de determinar si les alcanzaban los beneficios de la ley (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

OBEDIENCIA DEBIDA.

Al declararse la constitucionalidad de la ley 23.521 se confirmaron al mismo tiempo las condenas de quienes no resultaban amparados por la categoría, por haber detentado los más altos poderes de facto en el Estado (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

La elaboración realizada en torno al concepto de desaparición forzada de personas vulnera el principio de legalidad, pues la norma internacional sobre la que reposa la caracterización del delito –aplicada retroactivamente en virtud del art. 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos–, no responde a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar y, además, no cumple con el requisito de ser la ley previa a los hechos de la causa (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

No puede predicarse que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas haya contemplado un tipo penal ajustado al principio de legalidad entendido como aquel que exige para su configuración la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, pues de modo expreso la Convención determina que los Estados Parte se comprometen a adop-

tar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas y fijarle una pena apropiada (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

La aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no cumple con el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad, en tanto no se hallaba vigente en el momento de comisión de los hechos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Debe existir una ley que prohíba o mande una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y que además se determinen las penas a aplicar (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

El art. 18 de la Constitución Nacional, que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sino lege praevia* se deriva que la ley penal no puede ser retroactiva en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Ni aun admitiendo que el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del género "privación ilegítima de libertad" de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis del Código Penal, la solución variaría, pues la aplicación del principio de imprescriptibilidad previsto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a hechos anteriores a su entrada en vigor, seguiría

resultando contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS.

Corresponde revocar la sentencia que –sin tener en cuenta el art. 18 de la Constitución Nacional– omitió considerar que la propia Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas establece en su art. 7°, párrafo segundo, que cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior (se refiere a la imprescriptibilidad), el período de prescripción deberá ser igual al delito más grave en la legislación interna del respectivo (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

No resulta aplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad, pues si bien fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino mediante la ley 24.584 (publicada B.O. 29 de noviembre de 1995) (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

Con respecto al principio de imprescriptibilidad –en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional– el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD.

Las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

No existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir, ya que la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

TRATADOS INTERNACIONALES.

Tanto la aplicación retroactiva de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" (arts. I y IV) como la de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (en virtud del art. 15, ap. segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), resultan inaplicables en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional, que en el sistema constitucional argentino determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

TRATADOS INTERNACIONALES.

El art. 27 de la Constitución Nacional constituye una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva –ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado– el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

TRATADOS INTERNACIONALES.

El art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es

innegablemente uno de los principios de derecho público más valiosos de nuestra Ley Fundamental. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

En base al art. 27 de la Constitución Nacional, corresponde al Poder Judicial, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional –cualquiera sea su categoría– guarda "conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución", pues debe asegurarse la supremacía constitucional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

TRATADOS INTERNACIONALES.

Los tratados de derechos humanos a los que hace referencia los párrafo segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados –los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)– y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

La Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro –tercer párrafo del art. 75, inc. 22–. En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Son inaplicables tanto la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad como la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, pues el art. 18 de la Constitución Nacional, como norma de jerarquía superior –y por lo demás más respetuosa del principio *pro homine*– impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9° de la Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

COSTUMBRE INTERNACIONAL.

La aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* –exhaustiva y no general–, *stricta* –no analógica– y, concretamente en relación al *sub lite*, *scripta* –no consuetudinaria–. Las fuentes difusas –como característica definitoria de la costumbre internacional– son también claramente incompatibles con el principio de legalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DERECHO DE GENTES.

El art. 118 de la Constitución Nacional no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Ningún presupuesto de la punibilidad puede estar fundamentado en una ley posterior al hecho del proceso (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Resulta arbitraria una declaración de inconstitucionalidad fundada en que las leyes 23.492 y 23.521 no pueden superar respecto de su origen el estándar exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ambas tuvieron su origen en proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo *de iure* que fueron votados por el órgano de creación de normas estatuido en la Ley Fundamental, cuyos integrantes, a su vez, fueron legítimamente elegidos. Tampoco respecto de los efectos, puede trasladarse lo decidido por dicha Tribunal, pues las leyes argentinas no impidieron que continuaran los procesos contra aquellos a quienes la norma no exoneraba (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Las leyes de "punto final" y "obediencia debida" no sustrajeron a las víctimas de protección judicial, simplemente establecieron un plazo para denunciar y, posteriormente, la exoneración de quienes eran subordinados. El derecho de la víctima a obtener la condena de una persona en concreto, de ninguna manera se compadece con la visión del castigo en un Estado de Derecho. El deber de investigar en modo alguno implica condenar a todos los sujetos involucrados, sin distinción de responsabilidad y sin límite temporal (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

No puede concluirse que con el dictado de las leyes de punto final y obediencia debida el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en instrumentos internacionales, ni que –a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en un caso totalmente disímil– se declare inconstitucional una norma mediante la invocación de un nuevo paradigma que nada tiene de nuevo, una decisión que no es aplicable al caso y una interpretación dinámica que no es tal (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FACULTADES EXTRAORDINARIAS.

No hay entre quienes ejercen la suma del poder público y quienes cometen delitos en el marco de ese poder una relación de "más" a "menos", pues en ambos casos son bienes jurídicos totalmente distintos los que se lesionan. Aquellos bienes que vulneraron los subordinados no constituyen el objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional, pues en este caso ya ni remotamente puede hablarse de traición (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FACULTADES EXTRAORDINARIAS.

La suma del poder sólo es concebible en manos de un individuo o de un pequeño grupo de individuos. Si ese poder está disgregado entre todos los miembros de las fuerzas armadas, entonces ya no puede hablarse de un poder absoluto (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

Los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente, a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos, pues sería un contrasentido inadmisible que por el indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados, se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se en-

cuentra sometido a proceso, ya que el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado, son las bases sobre las que se asienta un verdadero Estado de Derecho (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

ESTADO DE DERECHO.

En un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse –como en un régimen totalitario, en que se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos– la distinción entre "ciudadanos" y "enemigos" como "sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos" (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

ESTADO DE DERECHO.

Los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material y procesal penal son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época por desgarrante que ella haya sido. Esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad confirmó el auto de primera instancia que decreta el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón y amplía el embargo sobre sus bienes, por crímenes

contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (fojas 1 a 6). Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario (fojas 45 a 71) que, denegado (fojas 72 a 73 vuelta) dio origen a la presente queja.

– II –

1. De la resolución de la cámara de fojas 1 a 6, surge que se imputa a Julio Héctor Simón, en aquel entonces suboficial de la Policía Federal Argentina, haber secuestrado en la tarde del 27 de noviembre de 1978 a José Liborio Poblete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Marta Hlaczik, y a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete, tal como fuera establecido en la causa N° 17414, "Del Cerro, Juan A. y Simón, Julio H. s/ procesamiento". Todos ellos fueron llevados al centro clandestino de detención conocido como "El Olimpo", donde el matrimonio fue torturado por distintas personas entre las que se encontraba Simón. Allí permanecieron unos dos meses, hasta que fueron sacados del lugar, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero.

El *a quo* rebate en dicha resolución las objeciones probatorias de la defensa y para el agravio consistente en la no aplicación de la ley 23.521, el tribunal se remite a los fundamentos dados en las causas 17889 y 17890, resueltas ese mismo día. En cuanto a la calificación legal de la conducta atribuida a Simón, se mantiene la efectuada por el juez de primera instancia, con expresa referencia a que se aplican los tipos penales más benignos, esto es, los que regían con anterioridad al año 1984.

Posteriormente, la cámara declara inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por la defensa contra dicha resolución, con el argumento de que la presentación carece del fundamento autónomo que exige el artículo 15 de la ley 48 y no cumple con los recaudos indicados por la Corte en el precedente publicado en Fallos: 314:1626. Y en tal sentido, observa el tribunal que –debido a tal defecto– para una comprensión cabal de la materia en discusión es necesario acudir al expediente principal a fin de determinar la existencia de resoluciones diversas, el contenido de cada una de ellas y las tachas que hacen a la defensa.

2. La recurrente, por su parte, invocó los siguientes agravios: el querellante Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) carece de legitimación para querellar, y su participación en el proceso significó la consagración, por vía judicial, de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el artículo 43 de la Constitución Nacional que recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva. Se postula, en consecuencia, la nulidad absoluta de todo lo actuado con intervención de esa supuesta parte.

Por otra parte, la defensa pide que se aplique al imputado el beneficio otorgado por la ley 23.521, norma de la cual postula su validez constitucional citando la doctrina del caso publicado en Fallos: 310:1162. Agrega que las leyes 23.492 y 23.531 revisten calidad de leyes de amnistía, de muy larga tradición entre nosotros, y que por el alto propósito que persiguen (la concordia social y política) no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales. De esto se deriva el carácter no justiciable del tema analizado, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los artículos 75, incisos 12 y 20, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado.

Por último, la defensa cuestiona que los jueces inferiores receptaran el Derecho de Gentes de una manera que lesionaba las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege,* así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Aduce que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820– con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega la recurrente que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (artículo 4 de la ley 23.313).

– III –

1. Toda vez que está involucrada en el *sub judice* la libertad de Julio Héctor Simón, podemos conjeturar que se encuentran reunidos en este recurso los requisitos de tribunal superior (“Rizzo” –publicado

en Fallos: 320:2118–, “Panceira, Gonzalo y otros s/ asociación ilícita s/ incidente de apelación de Alderete, Víctor Adrián” –expediente P.1042. XXXVI; Fallos: 324:1632– y “Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad – causa N° 798/85” –expediente S.471.XXXVII; Fallos: 324:3942– y de sentencia definitiva (Fallos: 310:2246; 312:1351; 314:451 y, más recientemente, en las recaídas en los precedentes ya citados de “Panceira, Gonzalo” y “Stancanelli, Néstor Edgardo”).

2. A ello debe agregarse que, al haber postulado el recurrente –en contra de lo decidido por la cámara– la validez constitucional de los artículos 1, 3 y 4 de la ley 23.521, norma que regula una institución del derecho castrense, cual es los límites de la obediencia militar, así como la interpretación que realiza de garantías penales constitucionales, nos encontramos ante cuestiones federales, por lo que resulta procedente admitir la queja y declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, para lo cual paso a desarrollar los agravios pertinentes.

– IV –

En lo que respecta a la facultad para querellar del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) aún cuando se aceptare la naturaleza federal de la cuestión, como lo ha hecho V.E. en los precedentes publicados en Fallos: 275:535; 293:90; 302:1128 y 318:2080, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi, puesto que está en juego la interpretación del concepto de “particular ofendido” –que exige la ley procesal para obtener la legitimación activa– a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, lo cierto es que la defensa ya dedujo la excepción de falta de acción de Horacio Verbitsky para querellar a Julio Simón, por estos mismos hechos, cuestión que fue tratada y resuelta por la cámara (fojas 44 de este incidente) sin que se advierta, o se alegue, arbitrariedad. Este agravio, en consecuencia, no es más que la redición de aquél, por lo que no resulta pertinente un nuevo tratamiento en esta ocasión. Por otro lado, tampoco se trata de una cuestión imprescindible para resolver este recurso o que tenga una conexión necesaria con la resolución en crisis, toda vez que la misma consiste en el dictado de medidas cautelares en el marco de un proceso donde el Ministerio Público Fiscal, más allá de la actuación de la querella, ejerce en plenitud su voluntad requirente. Todo ello sin perjuicio de mi opinión favorable en cuanto a las facultades del CELS

para actuar en juicio en representación de las víctimas de estos delitos, según lo desarrollara en mi dictamen emitido en los autos “Mignone, Emilio F. s/ promueve acción de amparo” (S.C. M.1486.XXXVI, Fallos: 325:524).

– V –

En lo tocante al examen de las cuestiones sustanciales traídas a debate, estimo conveniente adelantar brevemente, para una más clara exposición, los fundamentos que sustentarán la posición que adoptaré en el presente dictamen y los distintos pasos argumentales que habré de seguir en el razonamiento de los problemas que suscita el caso.

Dada la trascendencia de los aspectos institucionales comprometidos, explicitaré, en primer lugar, la posición desde la cual me expediré. Para ello comenzaré con una introducción relativa a la ubicación institucional del Ministerio Público, las funciones encomendadas en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en particular, en relación con la protección de los derechos humanos, y específicamente en el ejercicio de la acción penal, cuya prosecución se halla en cuestión.

Seguidamente, me ocuparé, de examinar la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 a la luz del artículo 29 de la Constitución Nacional, con el objeto de demostrar que, ya para la época de su sanción, las leyes resultaban contrarias al texto constitucional.

En tercer lugar, abordaré el examen de la compatibilidad de las leyes con normas internacionales de jerarquía constitucional, vinculantes para nuestro país, al menos desde 1984 y 1986, que prohíben actos estatales que impidan la persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad (artículos 27, 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Concluiré que las limitaciones a las potestades legislativas –y de los demás poderes del Estado– que de ellas se deriva son coincidentes con aquella que ya imponía originariamente una correcta interpretación del artículo 29 del texto constitucional. Expondré, asimismo, que el deber de no impedir la investigación y sanción de los graves ilícitos mencionados pesa no sólo

sobre el Legislativo, sino que recae sobre todo el Estado y obliga, por tanto, al Ministerio Público y al Poder Judicial a no convalidar actos de otros poderes que lo infrinjan.

En cuanto lugar, puesto que las consideraciones precedentes solo tienen sentido en tanto no deba concluirse que se ha operado la prescripción de la acción penal para la persecución de los delitos imputados, explicaré por qué, a pesar del paso del tiempo, la acción penal para la persecución del hecho objeto de la causa aún no ha prescripto. Preliminarmente haré una consideración en lo que respecta al análisis de la privación ilegítima de la libertad como delito permanente, así como la fecha a partir de la cual corre la prescripción, a la luz del Derecho interno.

Por último, también en relación con este aspecto, fundamentaré que, ya para la época de los hechos, existían normas en el ordenamiento jurídico nacional que reputaban la desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad y disponían su imprescriptibilidad en términos compatibles con las exigencias de *lex certa* y *scripta*, que derivan del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional).

– VI –

A

El examen de la constitucionalidad de un acto de los poderes del Estado importa necesariamente la tarea de precisar y delimitar el alcance y contenido de las funciones y facultades que la Constitución Nacional ha reservado al Ministerio Público Fiscal.

Esta institución, cuya titularidad ejerzo, ha recibido del artículo 120 de la Carta Fundamental, luego de la reforma de 1994, el mandato de defender la legalidad y velar por los intereses generales de la sociedad. Este mandato, otorgado por el poder constituyente, emerge directamente del pueblo soberano y, por ello, no es una simple potestad jurídica, sino un verdadero poder público que erige al Ministerio Público en un órgano constitucional esencial de la República Argentina. Una perspectiva congruente con las concepciones que en la actualidad intentan explicar el fenómeno “Estado” invita a analizar el sentido de la inserción del Ministerio Público en el orden institucional argentino y la significación que tiene para la sociedad en su conjunto.

La defensa de la legalidad, en el Estado de Derecho, no es otra cosa que la defensa de la vigencia del Derecho en el Estado, y se refiere, fundamentalmente, a la legalidad de la actuación de las instituciones y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Con este objeto, la Constitución ha facultado al Ministerio Público para "promover la actuación de la justicia" en defensa del orden institucional (artículo 120). Ello, a la vez, constituye un presupuesto esencial para defender "los intereses generales de la sociedad"; porque el orden institucional es el que ofrece las condiciones elementales para asegurar la libertad de los ciudadanos y de todos sus derechos esenciales. Nadie puede hoy negar que sin orden institucional es imposible la convivencia justa y pacífica, y sin ambas es inconcebible lograr el verdadero fin del Estado: la libertad de los hombres cuya cooperación organiza, ordena y regula. Ambas –la tutela del orden constitucional expresado como principio de la legalidad, y la de los intereses generales de la sociedad– constituyen las dos caras de un mismo problema.

De este modo, que la Constitución Nacional le haya dado esta misión al Ministerio Público obedece a la lógica del Estado de Derecho. El pueblo soberano ha puesto la custodia de la legalidad, la custodia del Derecho en manos de un órgano público independiente y autónomo, a fin de que pueda requerir a los jueces la efectividad de dicha tutela. La libertad sólo es posible cuando se vive en paz; sin paz no hay libertad. Y ésta debe ser la preocupación fundamental del Derecho y del Estado.

Los acontecimientos mundiales nos han enseñado que estamos compelidos a realizar una profunda conversión de nuestro pensamiento. Las fuentes de significación y las certezas de la modernidad (tales como la fe en el progreso; la creencia de que el avance tecnológico mejoraría el nivel de vida; la equivalencia entre crecimiento económico y desarrollo humano; etc.) se están agotando rápidamente en una sucesión temporal que acelera cada vez más la historia. Ampliar los horizontes mentales es un deber inexcusable para quienes ejercemos una autoridad pública. Y esa conversión implica que, aun entre los escombros de las catástrofes humanas, podemos descubrir una singular oportunidad de cambio. La actuación de las instituciones públicas que implique el avasallamiento de los derechos fundamentales de las personas y del orden institucional son una señal, un signo, del peligro de disolución social y constituyen una violación del Estado de Derecho.

Como bien es sabido, nuestro sistema de control de la supremacía constitucional, al ser difuso, habilita a todo juez, a cualquier tribunal de cualquier instancia, para ejercerlo; e incluso, recientemente, V.E. aceptó ampliar la posibilidad de dicho control a la "declaración de oficio" por parte de los jueces (Fallos: 324:3219).

El Ministerio Público, en el marco de su tarea de velar por la vigencia del orden público constitucional y los intereses generales de la sociedad debe actuar en "defensa del orden jurídico en su integralidad" y denunciar, por tanto, los actos y las normas que se opongan a la Constitución (Fallos: 2:1857; 311:593; 315:319 y 2255); máxime cuando se hallan en juego los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ella y en los instrumentos del Derecho internacional de los derechos humanos, a los que expresamente el constituyente otorgó jerarquía constitucional. **Esas son las notas características, la misión fundacional y fundamental a la que no puede renunciar bajo ningún concepto el Ministerio Público, porque debe cumplir, en definitiva, con la representación de la sociedad argentina**.

B

En reiteradas ocasiones he sostenido que los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, como las ocurridas en nuestro país entre los años 1976 –y aun antes– y 1983, exigen como imperativo insoslayable, y más allá de la posibilidad de imponer sanciones, una búsqueda comprometida de la verdad histórica como paso previo a una reconstrucción moral del tejido social y de los mecanismos institucionales del Estado (cf. dictámenes de Fallos: 321:2031 y 322:2896, entre otros).

Tal como expresé en el precedente "Suárez Mason" (Fallos: 321:2031) el respeto absoluto de los derechos y garantías individuales exige un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial; y ello por cuanto la incorporación constitucional de un derecho implica la obligación de su resguardo judicial. Destaqué, asimismo, que la importancia de esos procesos para las víctimas directas y para la sociedad en su conjunto demanda un esfuerzo institucional en la búsqueda y reconstrucción del Estado de Derecho y la vida democrática del país, y que, por ende, el Ministerio Público Fiscal no podía dejar de intervenir en ellos de un modo decididamente coherente y con la máxi-

ma eficiencia. Esta postura institucional ha sido sustentada durante mi gestión mediante el dictado de las resoluciones 73/98, 74/98, 40/99, 15/00, 41/00 y 56/01, ocasiones en que he sostenido la necesidad de empeñar nuestros esfuerzos para que las víctimas obtengan la verdad sobre su propia historia y se respete su derecho a la justicia.

Pues bien, en este mismo orden de pensamiento, y puesto ante la decisión de precisar los alcances de la obligación de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho a la justicia, creo que el compromiso estatal no puede agotarse, como regla de principio, en la investigación de la verdad, sino que debe proyectarse, cuando ello es posible, a la sanción de sus responsables. Como lo expondré en los acápites siguientes, la falta de compromiso de las instituciones con las obligaciones de respeto, pero también de garantía, que se hallan implicadas en la vigencia efectiva de los derechos humanos, no haría honor a la enorme decisión que ha tomado el Constituyente al incorporar a nuestra Carta Magna, por medio del artículo 75, inciso 22, los instrumentos internacionales de derechos humanos de mayor trascendencia para la región.

Esta línea de política criminal es consecuente con la tesitura que he venido sosteniendo desde este Ministerio Público Fiscal en cada oportunidad que me ha tocado dictaminar sobre la materia (cf. dictámenes en Fallos: 322:2896; 323:2035; 324:232; 324:1683, y en los expedientes E. 23 XXXV “Engel, Débora y otro s/ hábeas data”, del 10/3/99; V 34 L. XXXVI “Videla, Jorge R. s/ falta de jurisdicción y cosa juzgada”, del 14/11/00; V 356 L. XXXVI “Vázquez Ferrá, Karina s/ privación de documento”, del 7/5/2001).

Pienso, además, que la reconstrucción del Estado nacional, que hoy se reclama, debe partir necesariamente de la búsqueda de la verdad, de la persecución del valor justicia y de brindar una respuesta institucional seria a aquellos que han sufrido el avasallamiento de sus derechos a través de una práctica estatal perversa y reclaman una decisión imparcial que reconozca que su dignidad ha sido violada.

El sistema democrático de un Estado que durante su vida institucional ha sufrido quiebres constantes del orden constitucional y ha avasallado en forma reiterada las garantías individuales básicas de sus ciudadanos requiere que se reafirme para consolidar su sistema democrático, aquello que está prohibido sobre la base de los valores inherentes a la persona. La violencia que todavía sigue brotando des-

de el interior de algunas instituciones y que hoy en forma generalizada invade la vida cotidiana de nuestro país debe ser contrarrestada, ciertamente, con mensajes claros de que impera el Estado de Derecho, sobre reglas inconmovibles que deben ser respetadas sin excepción, y que su violación apareja necesariamente su sanción. No hace falta aquí mayores argumentaciones si se trata de violaciones que, por su contradicción con la esencia del hombre, resultan atentados contra toda la humanidad.

C

En consecuencia, debo reafirmar aquí la posición institucional sostenida a lo largo de mi gestión, en el sentido de que es tarea del Ministerio Público Fiscal, como custodio de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, como imperativo ético insoslayable, garantizar a las víctimas su derecho a la jurisdicción y a la averiguación de la verdad sobre lo acontecido en el período 1976-1983, en un contexto de violación sistemática de los derechos humanos, y velar, asimismo, por el cumplimiento de las obligaciones de persecución penal asumidas por el Estado argentino.

Todo ello, en consonancia con la obligación que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal, cuando se halla frente a cuestiones jurídicas controvertidas, de optar, en principio, por aquella interpretación que mantenga vigente la acción y no por la que conduzca a su extinción. Esta posición ha sido sostenida, como pilar de actuación del organismo, desde los Procuradores Generales doctores Elías Guastavino y Mario Justo López, en sus comunicaciones de fecha 19 de octubre de 1977 y 24 de julio de 1979, respectivamente, y mantenida hasta la actualidad (cf., entre otras, Res. 3/86, 25/88, 96/93, MP 82/96, MP 39/99, MP 22/01).

– VII –

Es por todos conocido que la naturaleza de las leyes “de obediencia debida” y “de punto final”, que en este caso han sido invalidadas por el *a quo*, ha sido materia de controversia. Para ello no cabe más que remitirse, por razones de brevedad, al precedente “Camps” del año 1987 (Fallos: 310:1162), que dejó sentada la posición del máximo Tribunal en ese entonces respecto a su validez constitucional y, al cual se

han remitido los diversos fallos posteriores que las han aplicado (Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros).

Sin embargo, a mi entender, ya sea que se adopte la postura en torno a que la ley de obediencia debida constituye una eximente más que obsta a la persecución penal de aquellas previstas en el Código Penal o que la ley de punto final representa una causal de prescripción de la acción –cuyo régimen compete al Congreso Nacional legislar–, lo cierto es que el análisis correcto de sus disposiciones debe hacerse en torno a los efectos directos o inmediatos que han tenido para la persecución estatal de crímenes de la naturaleza de los investigados y, en este sentido, analizar si el Poder Legislativo de la Nación estaba facultado para dictar un acto que tuviera esas consecuencias. Por lo tanto, ya en este punto he de dejar aclarado que este Ministerio Público las considerará en forma conjunta como "leyes de impunidad" dispuestas por un órgano del gobierno democrático repuesto luego del quiebre institucional.

A esta altura, no es posible desconocer que el gobierno militar que usurpó el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en ejercicio de estos poderes implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales (cf. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la sesión del 11 de abril de 1980; Informe de la Comisión Nacional sobre desaparición de Personas [CONADEP], del 20 de septiembre de 1984 y Fallos: 309:1689).

Por lo tanto, la cuestión gira en torno a la afirmación de que estas leyes, por su propia naturaleza, han impedido a los órganos de administración de justicia el ejercicio de la acción penal ante la comisión de determinados hechos que constituyeron graves violaciones de los derechos humanos y por los cuales la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced del gobierno de facto.

Cabe abordar, por ello, la cuestión si el contenido de las leyes en análisis resulta conciliable con lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Ciertamente el artículo 29 contiene prohibiciones al Legislativo y al Ejecutivo que, en puridad, se derivan ya del principio de separación de poderes que es inherente a la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución, y que surgen implícitas, asimismo, de las normas que delimitan las distintas esferas de actuación de los poderes de gobierno. Sin embargo, lejos de representar una reiteración superficial, la cláusula contiene un anatema que sólo se comprende en todo su significado cuando se lo conecta con el recuerdo de la dolorosa experiencia histórico-política que antecedió a la organización nacional. Como enseña González Calderón, este artículo "fue inspirado directamente en el horror y la indignación que las iniquidades de la dictadura [se refiere a Rosas] engendraron en los constituyentes, pero es bueno recordar que también otros desgraciados ejemplos de nuestra historia contribuyeron a que lo incluyeran en el código soberano" (Juan A. González Calderón, Derecho Constitucional Argentino, 3° ed., t. I, Buenos Aires, 1930, pág. 180).

En efecto, sólo en el marco de esos hechos históricos puede comprenderse correctamente el objetivo político que los constituyentes persiguieron con su incorporación. Permítaseme, por ello, traer a colación algunos antecedentes –anteriores al dictado de la Constitución Nacional de 1853/1860– en los que las Legislaturas concedieron "facultades extraordinarias" al Poder Ejecutivo, y que resultaron, sin duda, determinantes a la hora de concebir la cláusula constitucional. Así, puede recordarse las otorgadas por la Asamblea General el 8 de setiembre y 15 de noviembre de 1813 al Segundo Triunvirato, para que "obre por sí con absoluta independencia" y con el objetivo de "conservar la vida del pueblo" (Ravignani, Emilio, Asambleas Constituyentes Argentinas, Buenos Aires, 1937, t. I, pág. 72); también aquellas que se otorgaron el 17 de febrero de 1820 a Manuel de Sarratea, como gobernador de Buenos Aires "con todo el lleno de facultades" (Méndez Calzada, La función judicial en las primeras épocas de la independencia", pág. 357-359, Buenos Aires, 1944); las dadas al entonces gobernador Martín Rodríguez, el 6 de octubre del mismo año, para "la salud del pueblo"; y claramente las concedidas al también gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, el 6 de diciembre de 1829, el 2 de agosto de 1830 y el 7 de marzo de 1835 (Ravignani, op. cit.).

Es curioso destacar que las razones alegadas en aquellos momentos –al igual que desde el año 1930, en ocasión de la constante interrupción de la vida democrática del país–, han estado siempre basa-

das en la identificación “por algunos” de graves e inminentes “peligros para la Patria”. Ello, con la consecuente decisión de que los cauces institucionales propios del Estado no eran aptos para despejar estos peligros, y sí lo era la violación de la garantía republicana de división de poderes y el recorte de las libertades individuales. En aquellas épocas se sostenía: “...se hace necesario sacrificar momentáneamente al gran fin de salvar la existencia del país... los medios ordinarios de conservar las garantías públicas y las particulares de los ciudadanos...”. (Ravignani, op. cit. pág. 1087).

Fue, pues, sobre la base de esta realidad, que el constituyente incorporó el artículo 29 del texto constitucional, en clara reacción contra aquellos que pretendieran otorgar o ejercer, con la excusa de querer proteger a la Nación de “graves peligros”, poderes omnímodos al gobernante, con la consecuente violación del principio republicano de división de poderes y el inevitable avasallamiento de las libertades civiles y los derechos inherentes a las personas que ese ejercicio ilimitado de poder trae aparejado.

En este sentido, suele citarse como antecedente inmediato del texto del artículo 29 una decisión de la legislatura de la provincia de Corrientes. El Congreso General Constituyente provincial sancionó el 16 y 17 de diciembre de 1840 dos leyes cuyo contenido era la prohibición de que la provincia fuera gobernada por alguna persona con facultades extraordinarias o la suma del poder público. La razón de estas leyes quedó expuesta en el mensaje que se envió con ellas; así, se dijo que se ha querido imponer este límite “...aleccionados por la experiencia de los males que se han sufrido en todo el mundo por la falta de conocimiento claro y preciso de los primeros derechos del hombre en sociedad...”; que “...los representantes de una sociedad no tienen más derechos que los miembros que la componen”, y que en definitiva, “aquellos no pueden disponer de la vida y libertad, derechos inalienables del hombre...” (cit. por Rubianes, Joaquín “Las facultades extraordinarias y la suma del poder público”, Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. 12, 1916) y contra aquellos que la calificaron de superflua, José Manuel Estrada, en su Curso de Derecho Constitucional, enseñaba sobre el origen del artículo 29 de la Constitución y las razones de su incorporación al texto constitucional “...nunca son excesivas las precauciones de las sociedades en resguardo de sus derechos... Mirémoslo con respeto, está escrito con la sangre de nuestros hermanos”.

Ahora bien, sobre la base de estos antecedentes, pienso que basta comparar las circunstancias históricas que acabo de reseñar con las que tuvieron lugar durante el último gobierno de facto para concluir que durante los años 1976 a 1983 se vivió en nuestro país la situación de concentración de poder y avasallamiento de los derechos fundamentales condenada enfáticamente por el artículo 29 de la Constitución Nacional (cf., asimismo, Fallos: 309:1689 y debate parlamentario de la sanción de la ley 23.040, por la cual se derogó la ley de facto 22.924).

Desde antiguo, sin embargo, esta Procuración y la Corte han interpretado que el contenido del anatema de esa cláusula constitucional no se agota en la prohibición y condena de esa situación, sino que, por el contrario, la cláusula, conforme a su sentido histórico-político, implica asimismo un límite infranqueable a la facultad legislativa de amnistiar.

Es que, como fuera expresado por Sebastián Soler en el dictamen que se registra en Fallos: 234:16, una amnistía importa en cierta medida la derogación de un precepto, lo cual sería inadmisible constitucionalmente en este caso, puesto que ha sido el constituyente quien ha impuesto categóricamente la prohibición, de modo que sólo él podría desincriminar los actos alcanzados por el artículo 29 de la Constitución Nacional. Esta ha sido la interpretación que el Ministerio Público Fiscal sostuvo en el dictamen de Fallos: 234:16, en el que dejó sentado el error de:

> "...asignar al Poder Legislativo, o al que ejerza las funciones propias de éste, la atribución de amnistiar un hecho que, por la circunstancia de estar expresamente prohibido por la Constitución Nacional, se halla, a todos sus efectos, fuera del alcance de la potestad legislativa [...] Aceptar en semejantes condiciones que los sujetos de tal exigencia tienen la facultad de enervarla mediante leyes de amnistía, significa tanto como admitir el absurdo de que es la Constitución misma la que pone en manos de éstos el medio de burlarla, o bien dar por sentada la incongruencia de que la imperatividad de la norma, expresada en términos condenatorios de singular rigor, no depende sino de la libre voluntad de quienes son precisamente sus destinatarios exclusivos. Se trata en la especie de un delito que sólo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional [...] En resumen, el verdadero sentido del artículo 20 es el de consagrar una limitación a las atribuciones de los poderes políticos, y el de considerar el exceso a los límites impuestos como una grave trasgresión a cuyos autores estigmatiza con infamia. Y si la Constitución se ha reservado exclusivamente para sí ese derecho, quienes quisieran de algún modo interferirlo a través de la sanción de una ley de amnistía, se harían pasibles, en cierta medida, de la misma trasgresión que quieren amnistiar."

En sentido concordante con esa posición V.E. resolvió en Fallos: 234:16 y 247:387 –en este último respecto de quien era imputado de haber ejercido facultades extraordinarias–, que:

> "el artículo 29 de la Constitución Nacional –que categóricamente contempla la traición a la patria– representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de la facultad de conceder amnistías...".

Una correcta interpretación del artículo 29, por consiguiente, permite colegir que existe un límite constitucional al dictado de una amnistía o cualquier otra clase de perdón no sólo para el Poder Legislativo que otorgara facultades prohibidas por la Constitución Nacional, sino también para aquellos que hubieran ejercido esas facultades.

En mi opinión, sin embargo, tampoco aquí se agotan las implicancias que derivan del texto constitucional atendiendo a su significado histórico-político. Por el contrario, pienso que un desarrollo consecuente del mismo criterio interpretativo que ha permitido extraer los corolarios anteriores debe llevar a la conclusión de que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, por los cuales la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaran a merced de persona o gobierno alguno, son susceptibles de ser amnistiados o perdonados. En efecto, sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el ejercicio de ese poder, pero que sí podrían serlo los delitos por los que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos fueron puestas a merced de quienes detentaron la suma del poder público. Ello tanto más cuanto que los claros antecedentes históricos de la cláusula constitucional demuestran que el centro de gravedad del anatema que contiene, y que es, en definitiva, el fundamento de la prohibición de amnistiar, es decir, aquello que en última instancia el constituyente ha querido desterrar, no es el ejercicio de facultades extraordinarias o de la suma del poder público en sí mismo, sino el avasallamiento de las libertades civiles y las violaciones a los derechos fundamentales que suelen ser la consecuencia del ejercicio ilimitado del poder estatal, tal como lo enseña –y enseñaba ya por entonces– una experiencia política universal y local. Empero, estos ilícitos rara vez son cometidos de propia mano por quienes detentan de forma inmediata la máxima autoridad, pero sí por personas que, prevaliéndose del poder público o con su aquiescencia, se erigen en la práctica en señores de la vida y la muerte de sus conciudadanos.

En definitiva, se está frente a la relevante cuestión de si no es materialmente equivalente amnistiar la concesión y el ejercicio de la

suma del poder público que amnistiar aquellos delitos, cometidos en el marco de ese ejercicio ilimitado, cuyos efectos hubieran sido aquellos que el constituyente ha querido evitar para los argentinos. En cierta medida, conceder impunidad a quienes cometieron delitos que sólo pueden ser explicados en el contexto de un ejercicio ilimitado del poder público representa la convalidación del ejercicio de esas facultades extraordinarias en forma retroactiva. Por ello, si por imperio del artículo 29 de la Constitución Nacional la concesión de la suma del poder público y su ejercicio se hallan prohibidos, y no son amnistiables, los delitos concretos en los que se manifiesta el ejercicio de ese poder tampoco pueden serlo.

Con el objeto de evitar confusiones, sin embargo, debe quedar bien en claro que con esta interpretación no pretendo poner en debate los límites del tipo penal constitucional que el artículo 29 contiene con relación a los legisladores que concedieren la suma del poder público; es decir, que en modo alguno se trata de extender analógicamente los alcances de ese tipo a otras personas y conductas, en contradicción con el principio de legalidad material (artículo 18 de la ley fundamental). Antes bien, lo que he precisado aquí es el alcance de las facultades constitucionales de un órgano estatal para eximir de pena los graves hechos delictivos que ha querido prevenir en su artículo 29 de la Constitución Nacional. Por ello, no es posible objetar los razonamientos de índole analógico que, con base en el sentido histórico político de esa cláusula constitucional, he efectuado para precisar las conductas que, a mi modo de ver, quedan fuera de la potestad de amnistiar o perdonar.

Por consiguiente, toda vez que, como lo expresé en el acápite precedente, no cabe entender los hechos del caso, sino como una manifestación más del ejercicio arbitrario de poder por el que el último gobierno de facto puso los derechos más fundamentales de los ciudadanos a su merced y de las personas que en su nombre actuaban, he de concluir que las leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales en tanto por intermedio de ellas se pretende conceder impunidad a quien es imputado como uno de sus responsables.

– VIII –

En el acápite anterior he expuesto las razones por las que considero que para la época de su sanción los argumentos que se derivan del

artículo 29 ya eran suficientes para concluir en la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final.

Si a pesar de todo se entendiera, como ocurrió en el fallo "Camps" (Fallos: 310:1162), que ello no es así, nuevos argumentos, producto de la evolución del pensamiento universal en materia de derechos humanos, han venido a corroborar la doctrina que permite extraer una sana interpretación del sentido histórico-político del artículo 29 de la Constitución, y obligan a replantear la solución a la que se arribó en el caso "Camps" mencionado.

En concreto, en lo que sigue expondré las razones por las que considero que las leyes cuestionadas resultan, en el presente caso, incompatibles con el deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que surge de los artículos 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; normas éstas que integran el derecho interno nacional con jerarquía constitucional.

A

El control judicial de constitucionalidad implica la revisión de decisiones que los representantes de la ciudadanía han tomado en virtud de su mandato constitucional y, en este sentido, es preciso reconocer su carácter, de algún modo, contra-mayoritario. En atención a ello es que la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso debe estar guiada por parámetros sumamente estrictos, debe tener el carácter de *ultima ratio* y fundarse en la imposibilidad de compatibilizar la decisión mayoritaria con los derechos reconocidos por el texto fundamental.

Sin embargo, el *test* de constitucionalidad de una norma debe tener correspondencia, también, con el momento histórico en el que ese análisis es realizado. Son ilustrativas las discusiones de teoría constitucional sobre el paso del tiempo y la interpretación de los textos constitucionales escritos. Así, es doctrina pacífica la necesidad de realizar una interpretación dinámica de la Constitución, de acuerdo con la evolución de los valores de la sociedad y la atención que requieren aquellos momentos históricos en los que se operan cambios sustanciales de los paradigmas valorativos y, por consiguiente, interpretativos.

En tal sentido, no puede desconocerse que la evolución del Derecho internacional, producto de la conciencia del mundo civilizado de la necesidad de trabajar con nuevas herramientas que sean capaces de impedir que el horror y la tragedia envuelvan cotidianamente a la humanidad, ha puesto en evidencia nuevos desafíos para los Estados nacionales. Como consecuencia se ha producido una evolución y consolidación de todo un corpus normativo que se ha materializado en una nueva rama del Derecho internacional público, como lo es el Derecho internacional de los derechos humanos.

A mi entender, nuestro país ha vivido, en consonancia con esta evolución mundial, un cambio sustancial en la concepción de su ordenamiento jurídico, en virtud de la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos, que comenzó por plasmarse en la jurisprudencia del más alto Tribunal y que ha tenido su máxima expresión en la reforma constitucional de 1994. En efecto, es importante destacar que no sólo se ha operado en nuestro país un cambio de paradigma interpretativo de la Constitución, esto es un nuevo momento constitucional (cf. Ackerman, Bruce, We the People: Foundations, Cambridge, Mass. Harvard U. P., 1991), sino que además, si alguna duda pudiera caber al respecto, dicha evolución ha hallado reconocimiento expreso en la reforma del texto escrito de la Constitución Nacional.

Es a la luz de este nuevo paradigma valorativo que se impone, en mi opinión, una revisión de los argumentos que sobre esta misma materia efectuó V.E. en el precedente de Fallos: 310:1162 ya citado.

B

Antes de proseguir, y para dar contexto a este análisis, creo necesario hacer una referencia obligada a la cuestión de la aplicación en el ámbito interno de las normas del Derecho internacional por las que se ha obligado la República Argentina.

Es sabido que el Derecho internacional remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del Derecho internacional en el Derecho interno. Así, las normas de un Estado podrían disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales –en la medida en que fueran operativas– en el ámbito interno, o podrían exigir que cada norma internacional tuviera que ser receptada por una norma inter-

na que la incorpore. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas del Derecho internacional público, también corresponde al orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre las normas internacionales y las normas internas (Fallos: 257:99).

De antiguo se ha entendido que nuestra Constitución ha optado por la directa aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno. Ello significa que las normas internacionales vigentes con relación al Estado argentino no precisan ser incorporadas al Derecho interno a través de la sanción de una ley que las recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de Derecho interno junto con la Constitución y las leyes de la Nación.

Esta interpretación tiene base en lo establecido en el artículo 31 del texto constitucional, que enumera expresamente a los tratados con potencias extranjeras como fuente autónoma del Derecho positivo interno y, en lo que atañe a la costumbre internacional y los principios generales de derecho, en lo dispuesto por el artículo 118, que dispone la directa aplicación del derecho de gentes como fundamento de las sentencias de la Corte (Fallos: 17:163; 19:108; 43:321; 176:218; 202:353; 211:162; 257:99; 316:567; 318:2148, entre otros).

Por consiguiente, las normas del Derecho internacional vigentes para la República Argentina –y con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho– revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución (cf. artículo 31, Fallos: 257:99 y demás citados).

En este punto, sin embargo, corresponde efectuar una reseña de la evolución que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al orden de prelación de las normas que lo integran. Al respecto, lo que queda claro –y en ningún momento se ha visto alterado– es la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del Derecho positivo nacional, incluidas las normas de Derecho internacional vigentes para el Estado argentino (cf. artículos 27 y 31 del texto constitucional y Fallos: 208:84; 211:162).

En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del Derecho internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra constitución ha tran-

sitado varias etapas. Así, luego de una primera etapa en la cual se entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales (Fallos: 35:207), sobrevino un extenso período en el cual se consideró que éstas se hallaban en un mismo plano jerárquico, por lo que debían regir entre ellas los principios de ley posterior y de ley especial (Fallos: 257:99 y 271:7). A partir del precedente que se registra en Fallos: 315:1492 se retornó a la doctrina Fallos: 35:207 y, con ello, a la interpretación del artículo 31 del texto constitucional según la cual los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de jerarquía inferior a la Constitución Nacional. Esta línea interpretativa se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos: 316:1669 y 317:3176) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional de 1994 que dejó sentada expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución).

Con posterioridad a la reforma constitucional la Corte Suprema sostuvo que el artículo 75, inciso 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del artículo 31 de la Constitución Nacional en su redacción originaria (Fallos: 317:1282 y, posteriormente, 318:2645; 319:1464 y 321:1030).

C

Llegados a este punto, corresponde adentrarse en la cuestión referida a la compatibilidad de las leyes en análisis con normas internacionales que, como acabo de reseñar, son a la vez normas internas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional. Como lo he expuesto, me refiero a aquellas normas que imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad (artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En concreto, si las leyes 23.492 y 23.521 contuvieran disposiciones contrarias a esos tratados internacionales, o hicieren imposible el cumplimiento de las obligaciones en ellos asumidas, su sanción y aplicación comportaría una trasgresión al principio de jerarquía de las nor-

mas y sería constitucionalmente inválida (artículo 31 de la Constitución Nacional).

Creo, sin embargo, conveniente destacar que no se trata de examinar la compatibilidad de actos del último gobierno de facto con el deber de no violar los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino de confrontar la validez de actos del gobierno *de iure* que asumió el poder en 1983, y que consistieron en la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, durante el año 1987, con la obligación de investigar seriamente y castigar las violaciones a esos derechos, que se desprende de los mencionados instrumentos internacionales.

Y, en tal sentido, cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos había sido ratificada por el Estado argentino en 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1986, es decir, con anterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas, y, por otra parte, que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –vigente al momento en que los crímenes ocurrieron– obligaba ya al Estado argentino a investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos, puesto que ella misma es fuente de obligaciones internacionales, y así lo ha establecido la Corte Interamericana en sus decisiones (cf., en cuanto al pleno valor vinculante de la Declaración Americana, CIDH, OC-10/89, del 4/7/89). **Por ello, queda descartada cualquier objeción referente a la aplicación retroactiva de los instrumentos mencionados** (cf. Informe de la Comisión N° 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, párr. 50).

Es, en efecto, un principio entendido por la doctrina y jurisprudencia internacionales que las obligaciones que derivan de los tratados multilaterales sobre derechos humanos para los Estados Partes no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (*deber de respeto*), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (*deber de garantía*). En el ámbito regional, ambas obligaciones se hallan establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como es sabido, el contenido de la denominada obligación de garantía fue precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el primer caso que inauguró su competencia contenciosa

(caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4). En ese *leading case* la Corte expresó que:

> "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (cf. caso Velásquez Rodríguez, ya citado, párr. 166–. Esta jurisprudencia ha sido reafirmada en los casos Godínez Cruz –sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 175– y El Amparo, Reparaciones –sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C, N° 28, párr. 61–, entre otros).

Recientemente, sin embargo, en el caso "Barrios Altos", la Corte Interamericana precisó aún más las implicancias de esta obligación de garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables, y cuya afectación constituye una grave violación de los Derechos Humanos cuando no la comisión de un delito contra la humanidad. En ese precedente quedó establecido que el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada. Y si bien es cierto que la Corte se pronunció en el caso concreto sobre la validez de una autoamnistía, también lo es que, al haber analizado dicha legislación por sus efectos y no por su origen, de su doctrina se desprende, en forma implícita, que la prohibición rige tanto para el caso de que su fuente fuera el propio gobierno que cometió las violaciones o el gobierno democrático restablecido (cf. caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, Sentencia de 14 de Marzo de 2001 e Interpretación de la Sentencia de Fondo, Art. 67 de la CADH, del 3 de Septiembre de 2001). En sus propias palabras:

> "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párr. 41).

"...a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente" (párr. 43).

"Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables..." (párr. 44).

Por lo demás, en sentido coincidente, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió en diferentes oportunidades sobre el deber de los Estados Parte de la Convención de investigar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. En su informe N° 28/92 (casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina) sostuvo que las leyes de Obediencia Debida y Punto Final son incompatibles con el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, recomendó al Gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar" (cf., en igual sentido, Informe N° 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992, párr. 35, 40, 45 y 46; y caso "Carmelo Soria Espinoza v. Chile", caso 11.725, Informe N° 133/99).

Al respecto, es importante destacar que también la Comisión consideró que la leyes de punto final y de obediencia debida eran violatorias de los derechos a la protección judicial y a un proceso justo en la medida en que su consecuencia fue la paralización de la investigación judicial (artículo 25 de la Convención Americana y XVIII de la Declaración Americana). Así lo expresó en el ya mencionado Informe 28/92:

> "En el presente informe uno de los hechos denunciados consiste en el efecto jurídico de la sanción de las Leyes... en tanto en cuanto privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos. En consecuencia, se denuncia como incompatible con la Convención la violación de las garantías judiciales (artículo 8) y del derecho de protección judicial (artículo 25), en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (artículo 1.1 de la Convención) (párr. 50).

De lo expuesto se desprende sin mayor esfuerzo que los artículos 1° de la ley 23.492 y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 son violatorios de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, en tanto concedan impunidad a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, como lo es la desaparición forzada de persona materia de la presente causa.

Creo, sin embargo, necesario destacar, en relación al contenido del deber de investigar y sancionar, un aspecto que estimo de suma trascendencia al momento de evaluar la constitucionalidad de leyes de impunidad como la de punto final y obediencia debida. Me refiero a que el contenido de esta obligación en modo alguno se opone a un razonable ejercicio de los poderes estatales para disponer la extinción de la acción o de la pena, acorde con las necesidades políticas del momento histórico, en especial, cuando median circunstancias extraordinarias.

En este sentido, la propia Corte Interamericana, por intermedio del voto de uno de sus magistrados, ha reconocido que, en ciertas circunstancias, bien podría resultar conveniente el dictado de una amnistía para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida en el marco de "un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda...". Sin embargo, como a renglón seguido también lo expresa esa Corte, "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad" (cf. "Barrios Altos", voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 10 y 11).

Con idéntica lógica los propios pactos internacionales de derechos humanos permiten a los Estados Parte limitar o suspender la vigen-

cia de los derechos en ellos proclamados en casos de emergencia y excepción, relacionados en general con graves conflictos internos o internacionales, no obstante lo cual expresamente dejan a salvo de esa potestad un conjunto de derechos básicos que no pueden ser afectados por el Estado en ningún caso. Así, por ejemplo, el artículo X de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha receptado este principio al establecer que:

> "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas".

También el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura que expresa:

> "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura" (en el mismo sentido el artículo 5° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

De acuerdo con este principio, por lo tanto, un Estado podría invocar situaciones de emergencia para no cumplir, excepcionalmente, con algunas obligaciones convencionales, pero no podría hacerlo válidamente respecto de ese conjunto de derechos que son considerados inderogables. Y con la misma lógica que se postula para la exégesis del artículo 29 de la Constitución Nacional, se ha sostenido que la violación efectiva de alguno de esos derechos ha de tener como consecuencia la inexorabilidad de su persecución y sanción, pues su inderogabilidad se vería seriamente afectada si existiera el margen para no sancionar a aquellos que hubieran violado la prohibición absoluta de no afectarlos.

Pienso que este fundamento, vinculado con la necesidad de asegurar la vigencia absoluta de los derechos más elementales considerados inderogables por el Derecho internacional de los derechos humanos, ha quedado explicado, asimismo, con toda claridad en el voto concurrente de uno de los jueces en el fallo "Barrios Altos". Allí se dice que:

> "En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisible la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de am-

bas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores –así como de otros participantes– constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieren llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del Derecho humanitario" (voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 13).

Estas consideraciones ponen, a mi juicio, de manifiesto que la obligación de investigar y sancionar que nuestro país –con base en el Derecho internacional– asumió como parte de su bloque de constitucionalidad en relación con graves violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, no ha hecho más que reafirmar una limitación material a la facultad de amnistiar y, en general, de dictar actos por los que se conceda impunidad, que ya surgía de una correcta interpretación del artículo 29 de la Constitución Nacional.

En efecto, no se trata de negar la facultad constitucional del Congreso de dictar amnistías y leyes de extinción de la acción y de la pena, sino de reconocer que esa atribución no es absoluta y que su contenido, además de las limitaciones propias de la interacción recíproca de los poderes constituidos, halla límites materiales en el artículo 29 de la Constitución y el 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta norma y las relativas a la facultad de legislar y amnistiar –todas de jerarquía constitucional– no se contraponen entonces; antes bien se complementan.

D

Llegado a este punto, creo oportuno recordar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia de V.E., la interpretación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos por parte de los órganos de aplicación en el ámbito internacional resulta obligatoria para los tribunales locales. En tal sentido, en el precedente de Fallos: 315:1492, ya citado, V.E. afirmó que la interpretación del alcance de los deberes del Estado que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia producida por los órganos encargados de controlar el cumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento internacional. Asimismo, en el precedente

"Giroldi" (Fallos: 318:514) sostuvo que los derechos y obligaciones que surgían de los Pactos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, a partir de la última reforma constitucional, determinan el contenido de toda la legislación interna de rango inferior, y agregó que, tal como lo establecía la Constitución, su interpretación debía realizarse de acuerdo a las "condiciones de su vigencia", es decir, conforme al alcance y contenido que los órganos de aplicación internacionales dieran a esa normativa.

También considero necesario destacar que el deber de no impedir la investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos, como toda obligación emanada de tratados internacionales y de otras fuentes del Derecho internacional, no sólo recae sobre el Legislativo, sino sobre todos los poderes del Estado y obliga, por consiguiente, también al Ministerio Público y al Poder Judicial a no convalidar actos de otros poderes que lo infrinjan.

En este sentido, ya se ha expresado esta Procuración en varias oportunidades (cf. dictámenes de esta Procuración en Fallos: 323:2035 y S.C. V.34.XXXVI, Videla, Jorge R. s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada, del 14 de noviembre de 2000), como así también V.E. en reiterada jurisprudencia (cf. Fallos: 321:3555 y sus citas, especialmente el voto concurrente de los doctores Boggiano y Bossert), y ha sido también señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC–14/94 sobre la responsabilidad internacional que genera la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado y en el precedente "Barrios Altos" ya citado (especialmente punto 9 del voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade), concretamente en relación al deber en examen.

E

Por consiguiente, sobre la base de todo lo anteriormente expuesto, ha de concluirse que las leyes de obediencia debida y de punto final, en la medida en que cercenan la potestad estatal para investigar y sancionar las desapariciones forzadas de autos, se hallan en contradicción con los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 14.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo XVIII de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, y son, por consiguiente, inconstitucionales a la

luz de lo dispuesto por los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

He comenzado este análisis con una breve mención a la evolución del pensamiento mundial en torno a la necesidad de diseñar nuevas estrategias capaces de prevenir que la humanidad vuelva a presenciar o ser víctima del "horror" y que el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha generado nuevos desafíos a los Estados nacionales. A mi entender, y como ha sido puesto de resalto por Bobbio, el mayor de ellos radica en lograr la efectiva protección de los derechos en el ámbito interno, y que cada institución nacional asuma su compromiso de velar por la vigencia absoluta de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (cf. Bobbio, Norberto, El problema de la guerra y las vías de la paz, Cap. IV, ed. Gedisa, Barcelona). En otras palabras, resulta imperioso no descansar en la existencia de los sistemas de protección internacionales, asumir su carácter subsidiario y "tomarnos los derechos humanos en serio" desde la actuación de cada poder estatal. En su aplicación efectiva, precisamente, es donde reside el mayor desafío de los órganos de administración de justicia, como garantes últimos de los derechos fundamentales de los ciudadanos

– IX –

En los acápites precedentes ha quedado establecido que las leyes de punto final y de obediencia debida han de ser consideradas inconstitucionales en tanto y en cuanto impidan el juzgamiento y eventual castigo de los hechos calificados como desaparición forzada de personas que son investigados en autos.

La cuestión que resta ahora por abordar es si los hechos del caso, que han perdido la cobertura de esas leyes, pueden ser aún perseguidos penalmente o si, por el contrario, la acción penal para ello está prescripta por el transcurso del tiempo. Y desde ya adelanto mi opinión en el sentido de que los delitos atribuidos no se encuentran prescriptos de acuerdo con el Código Penal, ni tampoco a la luz de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que también integran nuestro Derecho positivo interno.

A

Desde el punto de vista del Derecho interno debemos analizar la condición de delito permanente de la privación ilegal de la libertad y

el *dies a quo* de la prescripción. Esto nos permite establecer, por un lado, que aun cuando se dejaran de lado, por vía de hipótesis, las normas del Derecho internacional, la solución del caso no variaría en estos aspectos, y por el otro, que ambos ordenamientos, amén de compartir su validez constitucional, se adecuan intrínsecamente.

Si partimos de la circunstancia, al parecer indiscutible, de que aún no se ha establecido el paradero del matrimonio, debemos presumir que aún se mantiene su privación ilegal de la libertad, y por lo tanto que este delito, y de ahí su caracterización de permanente, se continúa ejecutando. V. E. ya ha dicho que en estos casos puede sostenerse que el delito "tuvo ejecución continuada en el tiempo" y que "esta noción de delito permanente... fue utilizada desde antiguo por el Tribunal: Fallos: 260:28 y, más recientemente, en Fallos: 306:655, considerando 14 del voto concurrente del juez Petracchi y en Fallos: 309:1689, considerando 31 del voto del juez Caballero; considerando 29, voto del juez Belluscio; considerando 21 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué, coincidente en el punto que se cita") (caso "Daniel Tarnopolsky v. Nación Argentina y otros", publicado en Fallos: 322:1888, considerando 10° del voto de la mayoría).

Sobre este aspecto, y a mayor abundamiento, me permitiré transcribir, en lo que sea pertinente para este delito, lo que sostuve en el dictamen producido en los autos "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de apelación y nulidad de la prisión preventiva" (S.C.V. 2, L.XXXVI).

"Como lo afirma el autor alemán H. H. Jescheck (Tratado de Derecho Penal. Parte General): "Los delitos permanentes y los delitos de estado son delitos de resultado cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo. En los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente" –pág. 237–.

"De tal forma, el delito permanente o continuo supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta per-

dure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo" (Maggiore, G., Derecho penal. Traducido por Ortega Torres, T.1, Bogotá, 1956, pág. 295).

"Privada de libertad la víctima del secuestro, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que dicha privación dure un día o un año. Desde la inicial verificación del resultado hasta la cesación de la permanencia, el delito continúa consumándose... En tanto dure la permanencia, todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación" (De Benedetti, Wesley: Delito permanente. Concepto. Enciclopedia jurídica Omeba, t. VI, Bs. As., 1979, pág. 319)".

Ahora bien, en lo que respecta a los autores nacionales clásicos, Sebastián Soler dice que "la especial característica de este bien jurídico tutelado hace forzoso que este hecho asuma los caracteres de delito permanente. En realidad, el hecho comienza en un momento determinado; pero los momentos posteriores son siempre imputables al mismo título del momento inicial, hasta que cesa la situación creada" ("Derecho Penal Argentino", tomo IV, pág.37, Ed. "tea", año 96). Y Ricardo Núñez, por su parte, habla de "la permanencia de la privación de la libertad" y, consecuentemente, lo define como un delito "eventualmente permanente". En la nota al pie de página, agrega que "el artículo 141 describe un delito de carácter permanente que se consuma en el instante en que efectivamente se ha suprimido la libertad de movimiento en el sujeto pasivo" ("Tratado de Derecho Penal", tomo cuarto, pág. 36, Marcos Lerner Editora, año 89).

En conclusión, el delito básico que se imputa a Simón es de carácter permanente –como lo dice la doctrina nacional y extranjera y lo sostiene la jurisprudencia del Tribunal– y, por consiguiente, aún hoy se continuaría cometiendo, toda vez que hasta el momento se ignora el paradero de los secuestrados, situación que es una consecuencia directa –y asaz previsible– del accionar típico del autor y por la que debe responder en toda su magnitud.

Se podría objetar que ya no hay una prolongación del estado consumativo de la privación de la libertad, puesto que las víctimas podrían estar muertas o, lo que resulta impensable, en libertad. Pero esto no sería más que una mera hipótesis, pues no se aporta la menor prueba en tal sentido, y, como se dijo más arriba, la más notoria deri-

vación de este hecho –la desaparición de las víctimas– tiene su razón de ser en el particular accionar del autor, una circunstancia querida por éste, por lo que no parece injusto imputar tal efecto en todas sus consecuencias. De lo contrario, una condición extremadamente gravosa –como es la supresión de todo dato de las víctimas– y puesta por el mismo imputado, sería usada prematuramente en su favor, lo cual es una contradicción en sus términos.

Y como resultado de todo este razonamiento, obtenemos que no resulta posible considerar la prescripción de la acción penal mientras no se conozca verosímilmente la fecha en que el delito habría cesado de cometerse (artículo 63 del Código Penal) por lo que también en este aspecto la cuestión resulta abstracta.

B

– 1 –

El recurrente ha objetado que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y así también aplicar al caso normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad que no habrían estado vigentes para el Estado argentino al momento del hecho.

Por lo tanto, la primera cuestión a resolver consiste en establecer si para la época de los hechos investigados el delito de desaparición forzada de personas se hallaba tipificado en nuestra legislación interna, y, asimismo, si para ese entonces existía ya una norma vinculante para el Estado argentino que atribuyera la condición de crimen de lesa humanidad a ese delito.

Creo oportuno recordar que por desaparición forzada de personas se entiende en el Derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Tal es la formulación adoptada por el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –incorporada a la

Constitución por ley 24.556–, que no hizo más que receptar en esa medida la noción que con anterioridad era ya de comprensión general en el Derecho internacional de los derechos humanos (cf., asimismo, en igual sentido, la caracterización que contiene el artículo 7 inciso i) del Estatuto de Roma).

Una vez establecido así el alcance de la figura, se desprende, a mi entender, que el delito de desaparición forzada de personas ya se encuentra –y se encontraba– tipificado en distintos artículos de nuestra legislación penal interna. No cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas". Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito –más genérico– de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Código Penal, que se le enrostra al imputado.

Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional –que no prevé sanción alguna– con la pena prevista para otro delito de la legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente en la que se hallan parcialmente ambas formulaciones delictivas, y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad –en sus diversos modos de comisión– cuando es realizada en condiciones tales que constituye, además, una desaparición forzada.

En cuanto a la vigencia temporal de la condición de lesa humanidad de la figura de mención, es mi opinión que la evolución del Derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que, ya para la época de los hechos imputados, el Derecho internacional de los derechos humanos condenaba la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

Es que la expresión "desaparición forzada de personas" no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional, una vez finalizada la segunda guerra mundial (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

En esa inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas, expresó que, si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad". También señaló que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar" (cf. casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ya citados, y más recientemente el caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cf., asimismo, el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Cabe poner de resalto que ya en la década de los años setenta y comienzos de los ochenta, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y su Comisión de Derechos Humanos se habían ocupado de la cuestión de las desapariciones y promovido su investigación (cf. resolución 443 [IX-0/79] del 31 de octubre de 1979; resolución 510 [X-0/80] del 27 de noviembre de 1980; resolución 618 [XII-0/82] del 20 de noviembre de 1982; resolución 666 [XIII-0/83] del 18 de noviembre de 1983 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Asimismo, Informe Anual 1978, páginas 22/24 e Informe Anual 1980-1981, páginas 113/114 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y caso Velásquez Rodríguez, precedentemente citado, pár. 152).

En igual sentido, también la Asamblea General de las Naciones Unidas ha dejado plasmado en el Preámbulo de la Declaración sobre

la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el recuerdo de que ya en "su resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978... se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas... y pidió a los gobiernos que garantizaran que las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad tuvieran responsabilidad jurídica por los excesos que condujeran a desapariciones forzadas o involuntarias".

Asimismo, debe recordarse que fue precisamente en el marco de esas denuncias que la Comisión Interamericana elaboró aquél famoso "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina", aprobado el 11 de abril de 1980, donde describió el contexto institucional durante el período del último gobierno militar, haciendo expresa mención al fenómeno de los desaparecidos y a la comprobación de graves y numerosas violaciones de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Y fue a raíz de estos antecedentes que la comunidad internacional resolvió establecer una instancia internacional frente al problema de las desapariciones y creó en el año 1980, en el ámbito de Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

Ciertamente, la enumeración podría continuar; sin embargo, para finalizar sólo habré de destacar, una vez más, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, ya mencionada, que en su artículo 1.1 manifiesta que "todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" y constituye, asimismo, "una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

En el contexto de estos antecedentes, la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal; en otras

palabras, una manifestación más del proceso de codificación del Derecho internacional no contractual existente.

En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el Derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*).

A la vez, ello significa que aquellas normas penales internas, en cuyas descripciones típicas pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica– en virtud de una normativa internacional que las complementó.

– 2 –

En los acápites precedentes ha quedado establecido que las leyes de punto final y de obediencia debida han de ser consideradas inconstitucionales en tanto y en cuanto impidan el juzgamiento y eventual castigo de los hechos calificados como desaparición forzada de personas que son investigados en autos. La cuestión que resta ahora por abordar es si los hechos del caso, que han perdido la cobertura de esas leyes, pueden ser aún perseguidos penalmente o si, por el contrario, la acción penal para ello ha prescripto por el transcurso del tiempo, siempre teniendo en cuenta el derecho internacional, pues en el orden jurídico interno ya dimos respuesta a este punto.

Comprendido que, ya para la época en que fueron ejecutados, la desaparición forzada de personas investigada era considerada un crimen contra la humanidad por el Derecho internacional de los derechos humanos, vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, tal como fuera expresado ya por esta

Procuración General y la mayoría de la Corte en el precedente publicado en Fallos: 318:2148.

En efecto, son numerosos los instrumentos internacionales que, desde el comienzo mismo de la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos, ponen de manifiesto el interés de la comunidad de las naciones porque los crímenes de guerra y contra la humanidad fueran debidamente juzgados y sancionados. Es, precisamente, la consolidación de esta convicción lo que conduce, a lo largo de las décadas siguientes, a la recepción convencional de este principio en numerosos instrumentos, como una consecuencia indisolublemente asociada a la noción de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sean mencionados, entre ellos, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU, del 26 de noviembre de 1968 (ley 24.584); los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de la ONU, del 3 de diciembre de 1973; la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25 de enero de 1974 en el Consejo de Europa; el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ley 25.390).

Es sobre la base de estas expresiones y prácticas concordantes de las naciones que tanto esta Procuración como V.E. han afirmado que la imprescriptibilidad era, ya con anterioridad a la década de 1970, reconocida por la comunidad internacional como un atributo de los crímenes contra la humanidad en virtud de principios del Derecho internacional de carácter imperativo, vinculantes, por tanto también para el Estado argentino. En tal sentido, ello lo ha expresado con claridad V.E, al pronunciarse en relación con un hecho ocurrido durante el último conflicto bélico mundial, oportunidad en la cual enfatizó que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de los Estados sino de los principios del *ius cogens* del Derecho internacional, y que en tales condiciones no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148 ya citado).

En el marco de esta evolución, una vez más, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Con-

vención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –que en su artículo séptimo declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad–, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del Derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo demás, sin perjuicio de la existencia de esas normas de *ius cogens*, cabe también mencionar que para la época en que tuvieron lugar los hechos el Estado argentino había contribuido ya a la formación de una costumbre internacional en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (cf. Fallos: 318:2148, voto del doctor Bossert, consid. 88 y siguientes).

Establecido entonces que el principio de imprescriptibilidad tiene, con relación a los hechos de autos, sustento en la *lex praevia*, sólo queda por analizar si, de todos modos, se vulneraría el principio de legalidad por no satisfacer esa normativa las exigencias de *lex certa* y *lex scripta*.

En primer lugar, estimo que no puede controvertirse que aquello en lo que consiste una desaparición forzada de personas no estuviera suficientemente precisado a los ojos de cualquier individuo por la normativa originada en la actividad de las naciones, su práctica concordante y el conjunto de decisiones de los organismos de aplicación internacionales; máxime cuando, como ya fue expuesto, la figura en cuestión no es más que un caso específico de una privación ilegítima de la libertad, conducta ésta tipificada desde siempre en nuestra legislación penal.

Y en cuanto a su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del Derecho Penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular. En particular, en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan alcanzar el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial (cf. Jakobs, Günther, Derecho Penal, Madrid, 1995, págs. 89 y ss.; Roxin, Claus, Derecho Penal, Madrid, 1997, págs. 363 y ss.) Y, en tal sentido, no advierto ni en la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, ni en la postulación de que esos

ilícitos son imprescriptibles, un grado de precisión menor que el que habitualmente es exigido para las reglas de la parte general; especialmente en lo que respecta a esta última característica que no hace más que expresar que no hay un límite temporal para la persecución penal.

Por lo demás, en cuanto a la exigencia de ley formal, creo que es evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del Derecho internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el corpus del Derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

En consecuencia, ha de concluirse que, ya en el momento de comisión de los hechos, había normas del Derecho internacional general, vinculantes para el Estado argentino, que reputaban imprescriptibles crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada de personas, y que ellas, en tanto normas integrantes del orden jurídico nacional, importaron –en virtud de las relaciones de jerarquía entre las normas internacionales y las leyes de la Nación (artículo 31 de la Constitución)– una modificación del régimen legal de la prescripción de la acción penal, previsto en los artículos 59 y siguientes del Código Penal.

Por consiguiente, desde esta perspectiva, corresponde concluir que no se halla prescripta la acción penal para la persecución de la desaparición forzada de personas aquí investigada.

– X –

Quiero, finalmente, decir que entiendo a ésta, mi opinión, –además de indelegable– como una tarea fundamental. Velar por la legalidad implica necesariamente remediar los casos concretos de injusticia, tener en cuenta que en estos acontecimientos históricos siempre estuvieron presentes seres humanos que, como Antígona en su desesperación, claman resarcimiento conforme a la ley o conforme a los

derechos implícitos que tutelan la vida, la seguridad y la integridad; y que la única solución civilizada a estos problemas ha querido llamarse Derecho.

Precisamente es misión del Derecho convencer a la humanidad que las garantías de las que gozan los hombres –aquellas que los involucran por entero– deben ser tuteladas por todos.

En el estudio de estos antecedentes hemos regresado, tal vez sin quererlo, a lo básico: a las personas, a sus problemas vivenciales, a su descuidada humanidad y también a una certeza inveterada: si los Estados no son capaces de proporcionar a los hombres una tutela suficiente, la vida les dará a éstos más miedos que esperanzas.

La República Argentina atraviesa momentos de desolación y fatiga. Es como si un pueblo cansado buscara soluciones trágicas. Se ha deteriorado todo, la funcionalidad de las instituciones, la calidad de la vida, el valor de la moneda, la confianza pública, la fe civil, la línea de pobreza, el deseo de renovar la apuesta cívica.

Todas las mañanas parecería perderse un nuevo plebiscito ante el mismo cuerpo social que nos mira con ojo torvo, el temple enardecido, el corazón temeroso.

Un Estado que apenas puede proveer Derecho, apenas seguridad, apenas garantías, poco tiene que predicar.

Y no queremos que la indolencia aqueje nuestra grave tarea porque entonces sí estaremos ante la peor tragedia nacional. Decía Simone de Beauvoir que lo más escandaloso del escándalo es que pase inadvertido. Nos duele la Argentina en todo el cuerpo, en un mundo que deseamos sea de carne y hueso y no un planeta de gobiernos, Estados y organismos. La sociedad se ha convertido en un encuentro violento de los hombres con el poder. La lucidez de la civilización democrática parece estar interrumpida. Hay muchas razones para sospechar que la sociedad argentina, enfrentada a una crisis pendular, adolece de irrealidad; sufre el infortunio de asimilar sus espejismos y alucinaciones. Es en momentos como éstos cuando hay que evitar los gestos irreparables puesto que ninguna señal que no sirva para hacer más decente la situación actual no debe ser ejecutada. De alguna forma hay que salvar el decoro de una sociedad que debe sobrevivir con dignidad y cuyos intereses la Constitución nos manda defender. La planifica-

ción política jamás debiera asfixiar a la prudencia jurídica porque el jurista y el juez son la voz del Derecho que sirve a la Justicia. De otro modo mereceremos vivir horas imposibles.

– XI –

Por todo lo expuesto, opino que V. E. puede abrir la presente queja declarando formalmente admisible el recurso extraordinario oportunamente planteado, pronunciarse en favor de la invalidez e inconstitucionalidad de los artículos 1° de la ley 23.492 y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521, y confirmar la resolución de fs. 341/346 del principal, que confirmó el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenaza y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí. Buenos Aires, 29 de agosto de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra.*

Suprema Corte:

– I –

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad confirmó el auto de primera instancia que decretó el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón y amplió el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (fs. 1/6).

Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario (fs. 45/71) que, denegado (fs. 72/73 vta.), dio origen a la presente queja.

– II –

De la resolución de la cámara de fs. 1/6, surge que se imputa a Julio Héctor Simón –por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina– haber secuestrado, en la tarde del 27 de noviembre de 1978, a José Liborio Poblete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Marta Hlaczik, así como también a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete, tal como fuera establecido en la causa N° 17.414, "Del Cerro, Juan A. y Simón, Julio H. s/ procesamiento". Todos ellos habrían sido llevados al centro clandestino de detención conocido como "El Olimpo", donde el matrimonio habría sido torturado por distintas personas entre las que se habría encontrado Simón. Allí habrían permanecido unos dos meses, hasta que fueron sacados del lugar, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero.

En dicha resolución, el *a quo* rebatió las objeciones probatorias de la defensa y, respecto del agravio relativo a la no aplicación de la ley 23.521, se remitió a los fundamentos dados en las causas N° 17.889 y 17.890, resueltas ese mismo día. En cuanto a la calificación legal de la conducta atribuida a Simón, mantuvo la postulada por el juez de primera instancia, con expresa referencia a que aplicaba los tipos penales más benignos, esto es, los que regían con anterioridad al año 1984.

Posteriormente, la cámara declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por la defensa contra dicha resolución, con sustento en que la presentación carece del fundamento autónomo que exige el artículo 15 de la ley 48 y no cumple con los recaudos indicados por la Corte en el precedente publicado en Fallos: 314:1626. Y en tal sentido, expresó que –debido a tal defecto– para una comprensión cabal de la materia en discusión era necesario acudir al expediente principal a fin de determinar la existencia de resoluciones diversas, el contenido de cada una de ellas y las tachas que hacen a la defensa.

– III –

La recurrente, por su parte, invocó los siguientes agravios. En primer lugar, sostuvo que el querellante Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) carecía de legitimación para querellar, de modo que su participación en el proceso habría significado la consagración, por vía judicial, de una acción popular no contem-

plada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva. Postuló, en consecuencia, la nulidad absoluta de todo lo actuado con intervención de esa supuesta parte.

Solicitó además la aplicación del beneficio otorgado por la ley 23.521, norma de la cual postuló su validez constitucional citando la doctrina del caso publicado en Fallos: 310:1162. Al respecto, sostuvo que las leyes 23.492 y 23.521 revestían la condición de leyes de amnistía, de muy larga tradición entre nosotros, y que por el alto propósito que perseguían (la concordia social y política) no eran susceptibles de ser declaradas inconstitucionales. Agregó que de ello derivaba el carácter no justiciable del tema analizado, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los artículos 75, incisos 12 y 20, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado.

Por último, cuestionó que los jueces hayan receptado el Derecho de Gentes de un modo que lesionaba las garantías de la ley penal más benigna, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y, concretamente, la prohibición de aplicación de leyes *ex post facto*. Adujo que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820– con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agregó la recurrente que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (artículo 4 de la ley 23.313).

– IV –

En el dictamen que antecede a éste, a fs. 111/133, mi predecesor en el cargo se pronunció a favor de la legitimación del C.E.L.S. para querellar y de la nulidad e inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impidan, cada una por sus efectos propios, el juzgamiento y eventual castigo de las graves violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por los miembros del gobierno *de facto* que usurpó el poder el 24 de marzo de 1976, y el personal militar subalterno.

Debido a la trascendencia de la materia, además de tener por reeditados los fundamentos jurídicos que contiene el dictamen que antecede, estimo pertinente la oportunidad para introducir, en parte, nuevas perspectivas sobre el problema. En esencia, de todas maneras, me remito a los argumentos que esta Procuración General ya hizo valer en las dos ocasiones anteriores y que constituyen por sí solos razón suficiente para fundamentar, con el alcance mencionado, la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes 23.492 y 23.521 (fs. 111/133 y causa A 1391, XXXVIII "Astiz, Alfredo y otros por delitos de acción pública", dictamen del 29 de agosto de 2002).

Como es sabido, para resolver si leyes cualesquiera tienen validez dentro de un sistema normativo debe analizarse, al menos y como primer paso básico, si al momento de su sanción se encontraban en vigencia normas de jerarquía superior que vedaran al órgano que las dictó, la competencia para regular esa materia. Ese examen, aplicado al caso que nos ocupa, arroja por resultado que el Congreso de la Nación no tenía competencia para dictar las leyes 23.492 y 23.521, pues ya para la época de su sanción se hallaban vigentes en el derecho interno normas de jerarquía superior, que vedaban al Congreso la posibilidad de dictar leyes cuyo efecto fuera impedir la persecución penal de graves violaciones a los derechos humanos, como las que son investigadas en autos.

Estas normas son, por un lado, los artículos 29, 108 y 116 de la Constitución de la Nación Argentina y, por el otro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sólo por razones de conveniencia expositiva, me ocuparé en primer lugar de este último aspecto, para luego pasar a confrontar las conclusiones obtenidas con las que derivan de las cláusulas citadas de la Constitución argentina.

– V –

No es mi intención reiterar conceptos relativos a la evolución experimentada por el derecho internacional de los derechos humanos a partir de 1948; que han sido ya reseñados suficientemente en las sentencias de primera y segunda instancia y en el dictamen precedente. Pero sí quisiera reconstruir, como punto de partida de las consideraciones que efectuaré, la secuencia de antecedentes normativos y jurisprudenciales que sustentan la tacha de inconstitucionalidad con base en las convenciones mencionadas. Estos son:

1) Las leyes 23.492 y 23.521 fueron sancionadas el 29 de diciembre de 1986 y el 4 de junio de 1987, respectivamente. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue ratificada por la República Argentina en el año 1984.

2) Esto significa que para la época en la que ambas leyes fueron sancionadas ya se hallaba vigente, como parte integrante del orden jurídico nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 1.1 establece la obligación de los Estados parte de respetar los derechos reconocidos en ella (obligación de respeto) y garantizar su pleno y libre ejercicio (obligación de garantía).

3) El contenido de la obligación de garantía fue definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer caso que inauguró su competencia contenciosa ("Velásquez Rodríguez", sentencia del 29 de julio de 1988).

Allí, en línea con la doctrina y la praxis del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana explicó que: "*La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención* a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención* y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (de los párrafos 166 y 167).

4) El alcance de la obligación de garantía fue precisado luego en "Barrios Altos", pronunciamiento en el que la Corte Interamericana declaró que el deber de investigar y sancionar implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder

impunidad a los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, entendidas éstas como aquellas que contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional (caso "Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001).

En ese precedente el tribunal internacional expresó: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párr. 41).

Luego de reiterar que disposiciones de esa naturaleza violan las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2, y las que surgen de los artículos 8 y 25 de la Convención, la Corte Interamericana expresó que, en consecuencia, "...carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú" (párr. 44).

5) En el caso "Ekmekdjián" (Fallos: 315:1492), resuelto el 7 de julio de 1992, V.E. modificó el criterio que había mantenido invariable desde el precedente "Martin" (Fallos: 257:99), y sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –ratificada por la República Argentina en 1972 y en vigor desde 1980– las normas contractuales internacionales que integran el orden jurídico nacional (artículo 31 de la Constitución) poseen primacía por sobre las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de rango inferior a la Constitución Nacional.

En palabras de la Corte: "Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual 'Una parte no

podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'" (párr. 18).

6) Esta doctrina se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos: 316:1669 y 317:1282) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional del año 1994, que estableció expresamente la supremacía de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos internacionales en materia de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional.

7) Por fin, V.E. ha sostenido, en diversos precedentes, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para el Estado argentino cuando interpreta la Convención, pues el constituyente le ha conferido jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75, inciso 22), es decir, tal como la Convención rige efectivamente en el ámbito internacional considerando la interpretación que hace de sus normas el órgano internacional encargado de su aplicación, y al cual la República Argentina le ha reconocido expresamente competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (Fallos: 315:1492; 318:514; 319:3148; 321:3555).

8) La doctrina sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" fue reiterada en los casos "Trujillo Oroza – Reparaciones", sentencia del 27 de febrero de 2002 (párr. 106); "Benavides Cevallos – cumplimiento de sentencia", sentencia del 9 de septiembre de 2003 (párr. 6 y 7); "Maritza Urrutia", sentencia del 27 del noviembre de 2003 (párr. 126); "Molina Theissen", sentencia del 4 de mayo de 2004 (párr. 84); "19 Comerciantes", sentencia del 5 de julio de 2004 (párr. 175 y 262); "Hermanos Gómez Paquiyaurí", sentencia del 8 de julio de 2004 (párr. 232); "Tibí", sentencia del 7 de septiembre de 2004 (párr. 259); "Masacre Plan de Sánchez", sentencia de 19 de noviembre de 2004 (párr. 95 y ss.); "Carpio Nicolle y otros", sentencia del 22 de noviembre de 2004 (párr. 126 y ss.); "Hermanas Serrano Cruz", sentencia del 1° de marzo de 2005 (párr. 168 y ss.) y "Huilca Tecse", sentencia del 3 de marzo de 2005 (párr. 105 y ss.).

Como lógica consecuencia de las afirmaciones precedentes resulta que para la época en que fueron sancionadas las leyes de punto final y de obediencia debida, normas de jerarquía supralegal prohibían el dictado de disposiciones cuyo efecto fuera impedir la investigación y

eventual sanción de graves violaciones de los derechos humanos, como las que son juzgadas en autos, y que, en esa medida, ambas leyes eran, ya por ese entonces, inconstitucionales.

– VI –

1) Consecuentemente, de lo que se trata, en este caso, es de considerar de aplicación retroactiva la jurisprudencia de V.E. relativa al orden de prelación de las normas que integran el orden jurídico nacional (artículo 31 de la Constitución), y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que respecta a la interpretación del contenido del artículo 1.1 de la Convención– lo que no está alcanzado por la prohibición de retroactividad de la ley penal (cf. Jakobs, Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid, 1995, ps. 126 y ss.; Roxin, Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997, ps. 165 y ss. Asimismo, Fallos: 196:492; 291:463; 310:1924; 313:1010; 315:276).

2) Dado que ambas leyes de impunidad privaron a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el último gobierno militar, ellas no sólo son incompatibles con el artículo 1.1 de la Convención, sino que constituyen también una violación de las garantías judiciales (artículo 8) y del derecho a la protección judicial (artículo 25), tal como lo estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al tratar el caso argentino en su Informe N° 28/92 (casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina).

3) Además, en la misma medida y por las mismas razones expresadas en relación con la Convención, las leyes 23.492 y 23.521 son también contrarias al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, también vigente en el derecho interno al tiempo de sanción de esas leyes, por cuyos artículos 2.1 y 14.1 el Estado asumió la obligación de garantía y la protección de las garantías judiciales a las que se refieren los artículos 1.1. y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que deben ser interpretados en consonancia.

En las Observaciones Finales al informe presentado por la Argentina de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1995, el Comité señaló que la ley de obediencia debida, la ley de punto final y el indulto presiden-

cial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 y 9 del Pacto. (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/04/95, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144-165).

Asimismo, la obligación de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos fue afirmada recientemente por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 31 del 29 de marzo de 2004. En línea con la doctrina de "Barrios Altos", dicho órgano sostuvo en esa oportunidad que "en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto a los que se hace referencia en este párrafo –tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las privaciones de vida sumarias y arbitrarias y las desapariciones forzadas– los Estados parte de que se trate no podrán eximir a los autores de responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas a las que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones" (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, aprobada en la 2187a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2004, ps. 17 y 18).

Sólo me queda mencionar que ni la secuencia de antecedentes normativos e interpretativos que he traído a colación, ni el resultado al que conduce su combinación, son fruto de la casualidad, sino la lógica y previsible consecuencia de un proceso de evolución de la conciencia jurídica universal, que se ha puesto también de manifiesto en la decisión de la sociedad argentina de conferir en el año 1994 jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (entre otros) y la posterior derogación (ley 24.592) y anulación (ley 25.779) de ambas leyes de impunidad. Es en el marco de este nuevo paradigma valorativo que se impone la revisión de los argumentos sobre los que se sustentó la de-

cisión en el precedente de Fallos: 310:1162 (cf. fs. 120 del dictamen que antecede).

– VII –

Sin perjuicio de lo anterior, también participo de la opinión de que las leyes 23.492 y 23.521 eran –y son– incompatibles con diversas cláusulas de la Constitución Nacional.

1) El punto de partida lo constituye el argumento concebido por V.E. y esta Procuración en torno al artículo 29 de la Constitución nacional. De acuerdo con la doctrina sentada en los precedentes de Fallos: 234:16 y 247:387 (y parcialmente Fallos: 309:1689) –que, insisto, comparto–, los términos enfáticos con que está concebida esa cláusula constitucional y la nulidad insanable con que se fulmina a los actos que describe implican una restricción a la facultad del Congreso de conceder amnistías. Concretamente, en esos precedentes se dijo que la concesión y el ejercicio de las facultades extraordinarias proscriptas en esa cláusula quedaban fuera de la potestad legislativa de amnistiar, pues la vigencia de ese precepto constitucional se vería afectada si, una vez realizados, el Congreso pudiera perdonar los hechos que allí son condenados tan enfáticamente.

Esta doctrina, vale mencionarlo, fue también invocada en los fundamentos del proyecto de ley del Poder Ejecutivo que luego sería sancionada como ley 23.040, por la cual se derogó por inconstitucional y se declaró insanablemente nula la ley de amnistía del último gobierno de facto (ley 22.924) y, más recientemente, en el debate parlamentario de la ley 25.779, las referencias al artículo 29 de la Constitución Nacional entraron nuevamente en escena como parte de los fundamentos relativos a la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521. Además, esta doctrina ya había sido puesta de manifiesto antes por Marcelo Sancinetti, primero en “Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Lerner, Buenos Aires, 1988, luego en Sancinetti-Ferrante, “El derecho penal en la protección de los derechos humanos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, y, por último, en “Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la Nación Argentina”, en: Libro de Homenaje a Enrique Bacigalupo, t. 1, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 811.

2) Pienso también que un desarrollo consecuente del criterio interpretativo que ha permitido extraer los corolarios anteriores, debe

llevar a la conclusión de que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público son susceptibles de ser amnistiados o perdonados, pues sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el ejercicio de ese poder, pero que sí podrían serlo los delitos por los que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos fueron puestos a merced de quienes detentaron la suma del poder público. Ello tanto más cuanto que los claros antecedentes históricos de la cláusula constitucional demuestran que el centro de gravedad del anatema que contiene –y que es, en definitiva, el fundamento de la prohibición de amnistiar, es decir, aquello que en última instancia el constituyente ha querido desterrar– no es sólo el ejercicio de la suma del poder público en sí mismo, sino también el avasallamiento de los derechos fundamentales que son habitualmente la consecuencia del ejercicio ilimitado del poder estatal, tal como lo enseña la experiencia histórico-política universal y local. Es que estos ilícitos rara vez son cometidos de propia mano por quienes detentan de forma inmediata la máxima autoridad, sino con la intervención de personas que, prevaliéndose del poder público o con su aquiescencia, se erigen en la práctica en señores de la vida y la muerte de sus conciudadanos, precisamente la situación que condena el artículo 29 de la Constitución nacional.

En definitiva, se postula que es materialmente equivalente amnistiar la concesión y el ejercicio de la suma del poder público que amnistiar los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio, porque son sus efectos los que el constituyente ha querido evitar para los argentinos. Conceder impunidad a quienes cometieron los delitos por los que “la vida, el honor o la fortuna de los argentinos” quedaron “a merced de gobiernos o persona alguna” representa la convalidación del ejercicio de esas facultades extraordinarias en forma retroactiva. Por ello, si por imperio del artículo 29 de la Constitución nacional la concesión de la suma del poder público y su ejercicio se hallan proscriptos, y no son amnistiables, los delitos concretos en los que se manifiesta el ejercicio de ese poder tampoco pueden serlo (cf. Sancinetti-Ferrante, op. cit., ps. 282/283).

3) Ello sentado, sólo me queda realizar las siguientes precisiones y aclaraciones.

En primer lugar, para la decisión del tema en debate carece de relevancia que las leyes sean o puedan ser clasificadas como leyes de amnistía en sentido estricto. Lo decisivo no es la denominación, sino

los efectos contrarios que esas leyes tienen respecto de las previsiones, en cada caso, del Derecho internacional de los derechos humanos y de la Constitución de la Nación Argentina. Las consecuencias han sido claras: las leyes han impedido el cumplimiento del deber de garantía sobre el que se expuso antes, y han transgredido los límites del artículo 29 de la Constitución nacional. Desde este punto de vista, la clasificación de las leyes como "amnistías" o no, tiene únicamente valor académico. Lo importante es que por contraponerse con normas de carácter superior y ser dictadas sin competencia material, son leyes inválidas. En particular, con ello se está diciendo que el artículo 29 de la Constitución nacional debe interpretarse, a la luz de la doctrina del Tribunal, en el sentido de que implica un límite constitucional al dictado de una amnistía o cualquier otra clase de perdón, como quiera que designe el Congreso a la ley por la que se pretenda consagrar la impunidad.

4) Debe quedar claro que no se pretende poner en debate los límites del tipo penal constitucional que el artículo 29 contiene con relación a los legisladores que concedieren la suma del poder público; es decir, que en modo alguno se trata de extender analógicamente el alcance de esa prohibición a otras personas y conductas, en contradicción con el principio de legalidad material (artículo 18 de la ley fundamental). Por el contrario, se ha explicado que la doctrina de los precedentes de Fallos: 234:16 y 247:387 presupone que, además de consagrar un tipo penal, el artículo 29 de la Constitución nacional impone un límite a la potestad legislativa de amnistiar. Es el alcance de esta restricción el que se ha precisado en este dictamen, y es en la infracción de ese límite que se ha sustentado la inconstitucionalidad de las normas. Por ello, no es posible objetar los razonamientos de índole analógica que he efectuado, con fundamento en el sentido histórico-político de esa cláusula constitucional, para precisar las conductas que quedan fuera de la potestad de amnistiar o perdonar.

5) Está claramente demostrado por la resolución del juez de primera instancia y por la decisión de la Cámara que hechos investigados en autos fueron llevados a cabo en el contexto de las graves violaciones de los derechos humanos perpetrados por la última dictadura militar, que usurpó los poderes del estado entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. Las características centrales y la metodología utilizada para consumar dichas violaciones masivas de los derechos humanos han sido claramente expuestas por V.E. en la sentencia publicada en Fallos: 309:1689. En ese pronunciamiento, que

revisó la sentencia dictada por el pleno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el juicio llevado a cabo contra la junta militar que usurpó el poder el 24 de marzo de 1976 y las dos juntas militares subsiguientes, se describió acabadamente el modo en que esos gobiernos *de facto* ejercieron el poder.

Esa metodología consistió, principalmente, en la captura de sospechosos de poseer vínculos con actividades contrarias al régimen, en su encierro en centros clandestinos de detención, en la aplicación de tortura a los detenidos con el objeto de recabar información y su sometimiento a condiciones de vida inhumanas. Este procedimiento de aprehensión, tortura y detención en sitios clandestinos generalmente concluía con la eliminación física de los aprehendidos, quienes en algunas ocasiones eran puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional. Estas acciones criminales fueron desplegadas clandestinamente, para lo cual los agentes estatales ocultaban su identidad y mantenían incomunicados a los detenidos, negando también a los familiares la información acerca del secuestro, lugar de alojamiento y suerte final de sus seres queridos (cf. Fallos: 309:1689; asimismo, Informe de la C.O.N.A.D.E.P., del 20 de septiembre de 1984).

A partir de estos antecedentes, es indudable que durante los años 1976 a 1983 se vivió en nuestro país la situación de concentración de poder y avasallamiento de los derechos fundamentales condenada enfáticamente por el artículo 29 de la Constitución nacional (cf. Fallos: 309:1689; debate parlamentario de la sanción de la ley 23.040, por la que se derogó la ley 22.924; más recientemente, en los fundamentos del proyecto y el debate de la ley 25.779).

Por consiguiente, no cabe entender los hechos del caso sino como una manifestación más del ejercicio arbitrario de poder por el que el último gobierno *de facto* puso los derechos más fundamentales de los ciudadanos a su merced y de las personas que en su nombre actuaban. Procede entonces concluir que las leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales, en tanto por su intermedio se pretenda conceder impunidad a quien es imputado como uno de los responsables de la desaparición forzada y de las torturas de las que habría sido víctima el matrimonio Poblete-Hlaczik.

6) No quisiera finalizar, sin destacar una circunstancia que ha sido puesta ya de manifiesto en el dictamen anterior de esta

Procuración, y es que ni el artículo 29 de la Constitución, ni la obligación de garantía que ha asumido convencionalmente nuestra Nación se oponen a un razonable ejercicio de los poderes estatales para disponer la extinción de la acción y de la pena, acorde con las necesidades políticas del momento histórico, en especial cuando median circunstancias extraordinarias.

La propia Corte Interamericana, por intermedio del voto de uno de sus magistrados, ha reconocido que, en ciertas circunstancias, bien podría resultar conveniente el dictado de una amnistía para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida, en el marco de "un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda...". Sin embargo, como a renglón seguido también lo expresa esa Corte, "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad" (cf. "Barrios Altos", voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 10 y 11).

En suma, no se trata de negar la facultad constitucional del Congreso de dictar amnistías y leyes de extinción de la acción penal y de la pena, sino de reconocer que esa atribución no es absoluta y que su alcance halla límites materiales en el artículo 29 de la Constitución Nacional y en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por consiguiente, estas normas y las relativas a la potestad de legislar y amnistiar, todas de jerarquía constitucional, no se contraponen, sino que se complementan.

Estas consideraciones ponen de manifiesto, que la obligación de investigar y sancionar que nuestro país –con base en el derecho internacional– asumió como parte de su bloque de constitucionalidad en relación con las graves violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, no ha hecho más que reafirmar una limitación material a la facultad de amnistiar y, en general, de dictar actos por los que se conceda impunidad, que ya surgía de una correcta interpretación del artículo 29 de la Constitución Nacional.

– VIII –

La ley 23.521 (ley de obediencia debida) presenta un vicio adicional. En su artículo 1 pretende establecer –a través de presunciones

iuris et de iure– cómo deberían ser reconstruidas situaciones de hecho, al disponer que determinadas personas, en determinadas circunstancias, obraron justificadamente. No obstante, la Constitución Nacional, en tanto otorga competencia sólo al Poder Judicial –y no al Legislativo– para determinar la reconstrucción de cómo sucedieron los hechos concretos que acarrean consecuencias jurídicas y cuáles son aplicables (lo cual, en abstracto sí es determinado por el Poder Legislativo por medio de leyes) implica una negación de la competencia del Congreso para tomar decisiones de esa índole. Ello se deriva de los artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional, en tanto estatuyen como atribución privativa del Poder Judicial "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación".

Por ello, con el dictado de la ley 23.521 el Congreso invadió competencias del Poder Judicial, violando las salvaguardas de la división de poderes, arrogándose potestades que no le fueron otorgadas y, por lo tanto, dictando normas inválidas.

Si la falta de competencia del Congreso no se duda para la situación de signo contrario, es decir, para la pretensión del Congreso de dictar leyes que impongan castigos sin juicios a un grupo de personas o personas determinadas –lo que en el derecho constitucional estadounidense se conoce como la prohibición de emitir un "Bill of Attainder", es decir, una ley emitida por el Poder Legislativo, que inflinge penas sin un juicio llevado a cabo por el Poder Judicial (cf. artículo I, Sección 9, parágrafo 3, de la Constitución de los Estados Unidos de América; Willoughby, The Constitution of the United States, New York, 1910, Vol. II, p. 801; Corte Suprema de Estados Unidos, Cummings v. Missouri, 1866)– no puede dudarse que el Congreso tampoco puede eximir, sin juicio de responsabilidad, a un grupo de personas, indicando que actuaron justificadamente. La evaluación de la existencia de una situación fáctica que se subsume en una causa de justificación reconocida por el derecho es tarea del Poder Judicial, no del Legislativo, de la misma manera que lo es la evaluación de la existencia de una conducta conminada con pena.

Ese avasallamiento de competencias tiene un carácter más lesivo que una verdadera amnistía, ya que ésta, al menos, y en tanto no sea prohibida, no tiene el valor simbólico de declarar que no hubo ilícitos, pues tan sólo se limita a comunicar que, si los hubo, es preferible prescindir de su persecución. Sin embargo, cuando el Congreso, mediante

una supuesta ley de amnistía, establece de manera irrefutable que no existió un ilícito (porque el hecho típico está justificado por una causa de justificación reconocida por el derecho) no sólo se arroga la función de juzgar hechos particulares, que es privativa del Poder Judicial, sino que comunica un plus respecto del simbolismo de la amnistía. En efecto, la ley 23.521 no se limita a decir que los hechos no deben ser juzgados, sino que se pronuncia en el sentido de un juicio, pues predica que los hechos fueron lícitos, no antijurídicos, que fueron justificados.

Así la ley 23.521 también es inconstitucional por invadir esferas de competencia del Poder Judicial en violación a los artículos 1, 108 y 116 de la Constitución nacional.

– IX –

El recurrente ha objetado que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y así también aplicar al caso normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad que no habrían estado vigentes para el Estado argentino al momento del hecho.

1) Por lo tanto, la primera cuestión a resolver consiste en establecer si para la época de los hechos investigados el delito de desaparición forzada de personas se hallaba tipificado en nuestra legislación interna, y, asimismo, si para ese entonces existía ya una norma internacional vinculante para el Estado argentino que atribuyera condición de crimen de lesa humanidad a ese comportamiento. Al respecto, debo adelantar que comparto en un todo el punto de vista que esta Procuración ha venido sosteniendo en relación con estas cuestiones (cf. causa V. 2, XXXVI, dictamen del 23 de agosto de 2001; A 1391, XXXVIII "Astiz, Alfredo y otros por delitos de acción pública", dictamen del 29 de agosto de 2002; M. 960, XXXVII "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación", dictamen del 3 de octubre de 2002, y dictamen de fs. 111/133).

Por desaparición forzada de personas se entiende en derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por

personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Tal es la formulación adoptada por el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –incorporada a la Constitución por ley 24.556–, que no hizo más que receptar en esa medida la noción que con anterioridad era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos (cf., asimismo, en igual sentido, la caracterización que contiene el artículo 7, inciso "i", del Estatuto de Roma).

Una vez establecido el alcance de este delito, corresponde concluir que la desaparición forzada de personas ya se encuentra –y se encontraba– tipificada en distintos artículos del Código Penal argentino. Pues no cabe duda de que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas". Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto como la privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra prevista en nuestra legislación interna como un caso específico del delito –más genérico– de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 bis del Código Penal, que se le enrostra al imputado.

Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional –que no prevé sanción alguna– con la pena prevista para otro delito en la legislación interna. Se trata de reconocer la relación de concurso aparente existente entre ambas formulaciones delictivas, y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad –en sus diversos modos de comisión– cuando es realizada en condiciones tales que constituye una desaparición forzada.

2) En cuanto a la vigencia temporal, también coincido con el criterio sostenido por esta Procuración. Parece claro que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite

afirmar que, para la época de los hechos imputados, el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad.

Es que la expresión desaparición forzada de personas no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos fundamentales, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

En esa inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas expresó que si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad". También señaló que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar". (cf. caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, cf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Ya en la década de los años setenta y comienzos de los ochenta, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y su Comisión de Derechos Humanos se habían ocupado de la cuestión de las desapariciones y promovido su investigación (resolución 443 [IX-0/79] del 31 de octubre de 1979; resolución 510 [X-0/80] del 27 de noviembre de 1980; resolución. 618 [XII-0/82] del 20 de noviembre de 1982; resolución 666 [XIII-0/83] del 18 de noviembre de 1983 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Asimismo, Informe Anual 1978, páginas 22/24 e Informe Anual 1980-1981,

páginas 113/114 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cf. caso Velásquez Rodríguez, precedentemente citado, parr. 152).

También la Asamblea General de las Naciones Unidas incorporó al Preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el recuerdo de que ya en "su resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978... se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas... y pidió a los gobiernos que garantizaran que las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad tuvieran responsabilidad jurídica por los excesos que condujeran a desapariciones forzadas o involuntarias".

3) Fue precisamente en el marco de esas denuncias, que la Comisión Interamericana elaboró el "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina", aprobado el 11 de abril de 1980, donde describió el contexto institucional durante el período del último gobierno militar, haciendo expresa mención al fenómeno de los desaparecidos y a la comprobación de graves y numerosas violaciones de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Y fue a raíz de estos antecedentes que la comunidad internacional resolvió establecer una instancia internacional frente al problema de las desapariciones y creó en el año 1980, en el ámbito de Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias que aún hoy continúa en funciones.

Finalmente, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en su artículo 1.1, prevé que "todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" y constituye, asimismo, "una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

4) Todos estos antecedentes –lo mismo que los que se mencionarán seguidamente para las torturas– son el resultado, a la vez que la demostración de un proceso de transformación de la conciencia jurídi-

ca universal fruto de los horrores de la segunda guerra mundial, del cual la República Argentina fue un partícipe activo desde sus albores, y que se materializó en la progresiva conformación de un *corpus juris* de carácter imperativo con sustento, primero, en el derecho consuetudinario internacional, y luego también contractual. En este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal. En otras palabras: una manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual.

En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*).

A la vez, ello significa que aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica– en virtud de una normativa internacional que las complementó.

– X –

1) Si bien no se mencionó expresamente al crimen de tortura en la definición de “crímenes contra la humanidad” en el artículo 6, inciso “c”, del Estatuto del Tribunal de Nüremberg (del 8 de agosto de 1945), fue considerado en ese proceso como incluido dentro de la expresión “otros actos inhumanos”. Posteriormente, fue incluido expresamente en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado (del 20 de diciembre de 1945) que sentó las bases para el juzgamiento de los crímenes cometidos en las cuatro zonas de ocupación que no ingresaron en la compe-

tencia del Tribunal de Nüremberg. El artículo II de esa ley mencionaba a "...el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetran".

La prohibición de la tortura fue reiterada luego en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos humanos que surgieron con posterioridad a la segunda guerra mundial. También se afirmó esa prohibición en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la resolución 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, y poco después, en 1969, al aprobarse la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica), en cuyo artículo 5 se dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (5.1) y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (5.2).

2) Unos años más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas insistió con la prohibición de la tortura mediante la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes", resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, en la que aporta una definición de tortura similar a la que más adelante quedará incorporada a la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" (1984). En su artículo 1 establece: "A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras". Ya en la propia definición de tortura se condena la participación de funcionarios del Estado, lo que indica claramente una de las características que ha tenido históricamente la práctica de la tortura: la de estar vinculada a la actividad estatal.

En el artículo siguiente se califica a la tortura y a todo otro trato o pena cruel, inhumano o degradante como "...una ofensa a la dignidad humana..." que "...será condenado como violación de los propósitos de

la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos". A su vez, el artículo 3 establece que "Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" y que "no podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación...".

En la Declaración también se afirma el deber de investigar toda denuncia de aplicación de torturas o de otros tratos o penas crueles o inhumanos por parte de un funcionario público o por instigación de éste (artículo 8), investigación que debe promoverse incluso de oficio en caso que haya motivos razonables para entender que se usaron tales prácticas. Se expresa, asimismo, que todo Estado "asegurará" que los actos de tortura constituyan delitos conforme a la legislación penal (artículo 7) y que el funcionario público que aparezca como culpable de la aplicación de torturas deberá ser sometido a un proceso penal (artículo 10).

Esta Declaración es un antecedente de las convenciones que años más tarde se celebraron con relación a la tortura tanto a nivel universal como regional.

3) En efecto, la extensión de la utilización de la tortura por parte de agentes estatales o personas bajo su control en la represión política llevó a que se insistiera con la prohibición de esa práctica. En este sentido, además de las diversas declaraciones y pronunciamientos al respecto, cabe destacar la adopción de la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" (aprobada por Argentina por ley 23.338 del 30 de julio de 1998), adoptada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Res. 39/46). En dicha Convención se definió a la tortura en términos similares a los expresados en la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" de 1975. Mediante esta Convención, además de constituirse el Comité contra la Tortura –con facultad de recibir, solicitar y analizar informes sobre la práctica de la tortura–, se insistió en la necesidad de la sanción penal de los responsables de la aplicación de torturas, en la inadmisibilidad de la invocación de órdenes superiores como justificación de la tortura ni de la existencia de circunstancias excepcionales, como inestabilidad

política interna (artículos 2 y 4). Asimismo, fueron establecidas reglas para permitir la extradición de los acusados de tortura y se afirmó la jurisdicción universal para la persecución penal de este delito (artículos 8 y 5.2). A través de esta Convención, en síntesis, se reiteró la prohibición de la tortura y la necesidad de que los responsables no queden sin sanción penal.

4) Para insistir en que no se creó un crimen nuevo, puede citarse la autorizada opinión de Burgers y Danelius (el primero fue presidente del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en la Convención y el segundo el redactor de su borrador final), quienes "...En su manual acerca de la Convención sobre la tortura (1984)... escribieron en la p. 1: 'Muchas personas presumen que el principal objetivo de la Convención es prohibir la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Esta presunción no es correcta en cuanto implicaría que la prohibición de estas prácticas está establecida bajo el derecho internacional por la Convención solamente y que la prohibición será obligatoria como una regla del derecho internacional sólo para aquellos estados que se han convertido en partes en la Convención. Por el contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas arriba mencionadas ya están prohibidas bajo el derecho internacional. El principal objetivo de la Convención es fortalecer la prohibición existente de tales prácticas mediante una cantidad de medidas de apoyo" (cf. voto de Lord Millet en "La Reina c/ Evans y otro y el Comisionado de Policía de la Metrópolis y otros ex parte Pinochet", en "Suplemento Especial de Derecho Constitucional. Caso Pinochet", La Ley, Buenos Aires, 11 de septiembre de 2000, p. 107).

5) A nivel regional se firmó el 9 de diciembre de 1985 la "Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura" (aprobada por la República Argentina el 29 de septiembre de 1998 mediante ley 23.952), que recogió principios similares a los contemplados en la Convención recién aludida como la obligación de "...prevenir y sancionar la tortura" (artículo 1), la inadmisibilidad de la eximición de responsabilidad penal basada en haber recibido órdenes superiores (artículo 4) o de su justificación en razón de existir inestabilidad política interna, conmoción interior, etc. (artículo 5). Asimismo, se establecen pautas para facilitar la extradición de las personas acusadas y la obligación de perseguir penalmente los casos de tortura, incluso los cometidos fuera de lugares sometidos a su jurisdicción cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo (artículo 12).

En los considerandos de dicha Convención se reafirmó que "...todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

6) En el pedido de extradición de Augusto Pinochet por parte del Reino de España se destacó que la prohibición de la tortura tiene su fuente en el derecho internacional consuetudinario, vigente mucho antes de la sanción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes el 10 de diciembre de 1984, y se reiteró en varios pasajes la jerarquía de *ius cogens* de esas normas consuetudinarias: "...el uso sistemático de tortura en una gran escala y como un instrumento de política de estado se habían unido a la piratería, crímenes de guerra y crímenes contra la paz como un crimen de jurisdicción universal mucho antes de 1984. Considero que ya lo había hecho para el año 1973" (cf. voto de Lord Millet, fallo cit., p. 107).

7) En suma, por las mismas razones expresadas en el acápite anterior, queda claro que para la época en que los hechos investigados tuvieron lugar, la prohibición de la tortura formaba parte ineludible del derecho imperativo dirigido tanto a los Estados como, personalmente, a los funcionarios estatales. En otras palabras, la utilización de la tortura como práctica oficial comprometía la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad individual de quienes la ejecutaran frente al derecho de gentes. Y también respecto de este delito hay que concluir que los tipos penales del Código Penal que lo contienen (artículo 144 ter de la ley 14.616) habían ya adquirido por entonces un atributo adicional –la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica– en virtud de la normativa internacional, vinculante para la República Argentina, que los complementó.

– XI –

Queda ahora por abordar la cuestión de si los hechos del caso, que han perdido la cobertura de esas leyes, pueden ser aún perseguidos penalmente o si, por el contrario, la acción penal para ello está prescripta por el transcurso del tiempo. Desde ya adelanto opinión en

el sentido de que los delitos atribuidos no se encuentran prescriptos en virtud de normas del derecho internacional de los derechos humanos que integran nuestro derecho positivo interno.

1) Es que habiéndose establecido que, ya para la época en que fueron ejecutadas, la desaparición forzada de personas y las torturas eran consideradas crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos, vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, tal como fuera expresado ya por esta Procuración General y la mayoría de la Corte en el precedente publicado en Fallos: 318:2148 y, recientemente, en la causa "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", sentencia del 24 de agosto de 2004, consid. 21 y siguientes.

Como se señaló en el dictamen de fs. 111/133, son numerosos los instrumentos internacionales que, desde el comienzo mismo de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, ponen de manifiesto el interés de la comunidad de las naciones porque los crímenes de guerra y contra la humanidad fueran debidamente juzgados y sancionados. Es, precisamente, la consolidación de esta convicción lo que conduce, a lo largo de las décadas siguientes, a la recepción convencional de este principio en numerosos instrumentos, como una consecuencia indisolublemente asociada a la noción de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sean mencionados, entre ellos, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU, del 26 de noviembre de 1968 (ley 24.584); los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de la O.N.U., del 3 de diciembre de 1973; la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25 de enero de 1974 en el Consejo de Europa; el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ley 25.390).

2) Es sobre la base de estas expresiones y prácticas concordantes de las naciones que tanto esta Procuración como V.E. han afirmado que la imprescriptibilidad era, ya con anterioridad a la década de 1970,

reconocida por la comunidad internacional como un atributo de los crímenes contra la humanidad en virtud de principios del derecho internacional de carácter imperativo, vinculantes, por tanto también para el Estado argentino. Así lo ha expresado con claridad V.E, al pronunciarse en relación con un hecho ocurrido durante el último conflicto bélico mundial, oportunidad en la cual enfatizó que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de los Estados sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional, y que en tales condiciones no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148 y causa A 533, XXXVIII, "Arancibia Clavel", citada).

3) En el marco de esta evolución, una vez más, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –que en su artículo séptimo declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad–, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo demás, sin perjuicio de la existencia de esas normas de *ius cogens*, cabe también mencionar que para la época en que tuvieron lugar los hechos, el Estado argentino había contribuido ya a la formación de una costumbre internacional en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (cf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, consid. 88 y ss., y causa A 533, XXXVIII, "Arancibia Clavel", citada, consid. 31).

4) Establecido entonces que el principio de imprescriptibilidad tiene, con relación a los hechos de autos, sustento en *lex praevia*, sólo queda por analizar si, de todos modos, se vulneraría el principio de legalidad por no satisfacer esa normativa las exigencias de *lex certa* y *lex scripta*. Al respecto, adelanto que comparto la respuesta que esta Procuración dio a estos interrogantes a fs. 111/133.

En primer lugar, estimo que no puede predicarse que aquello en lo que consiste una desaparición forzada de personas no estuviera suficientemente precisado a los ojos de cualquier individuo por la normativa originada en la actividad de las naciones, su práctica concordante y el conjunto de decisiones de los organismos de aplicación internacionales; máxime cuando, como ya fue expuesto, el tipo en cuestión no es más que un caso específico de privación ilegítima de la libertad, conducta ésta contenida desde siempre en nuestra legislación penal. Es-

tas consideraciones valen tanto más para el delito de torturas, que se halla previsto desde siempre en los artículos 144 tercero y siguientes.

5) En cuanto a su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del derecho penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular. En particular, en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan alcanzar el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial (cf. Jakobs, Derecho Penal, Madrid, 1995, ps. 89 y ss.; Roxin, Derecho Penal, Madrid, 1997, ps. 363 y ss.) Y, en tal sentido, no advierto ni en la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, ni en la postulación de que esos ilícitos son imprescriptibles, un grado de precisión menor que el que habitualmente es exigido para las reglas de la parte general; especialmente en lo que respecta a esta última característica, que no hace más que expresar que no hay un límite temporal para la persecución penal.

6) Por lo demás, en cuanto a la exigencia de ley formal, creo evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del derecho internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el *corpus* del derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

7) En consecuencia, debe concluirse que, ya en el momento de comisión de los hechos, había normas del derecho internacional general, vinculantes para el Estado argentino, que reputaban imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada de personas, y que ellas, en tanto normas integrantes del orden jurídico nacional, importaron –en virtud de las relaciones de jerarquía entre las normas internacionales y las leyes de la Nación (artículo 31 de

la Constitución)– una modificación del régimen legal de la prescripción de la acción penal, previsto en los artículos 59 y siguientes del Código Penal.

Por consiguiente, corresponde concluir que no se halla prescripta la acción penal para la persecución de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas aquí investigados.

– XII –

Por último, considero, a partir del interés institucional del caso, que no resulta aconsejable aplicar un criterio en extremo restrictivo acerca de los recaudos formales de la apelación federal, a fin de habilitar una sentencia de V.E. que ponga fin a la discusión en torno a este tema (Fallos: 323:337 y sus citas).

Por todo lo expuesto, opino que V. E. puede declarar formalmente procedente la queja y confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 5 de mayo de 2005. *Esteban Righi.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

En mérito a lo que surge de las constancias que obran agregadas en el expediente, a la naturaleza de la causal invocada para fundar el apartamiento y a lo dispuesto en el art. 17, inc. 5°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde aceptar la excusación para conocer en este asunto presentada por el señor ministro doctor don Augusto César Belluscio. Notifíquese.

Enrique Santiago Petracchi — Carlos S. Fayt — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa N° 17.768–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que estas actuaciones se iniciaron con motivo de la querella formulada por Buscarita Imperi Roa, quien afirmó que el 28 de noviembre de 1978 las denominadas "fuerzas conjuntas" secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete; y que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaban que el militar retirado Ceferino Landa y su esposa Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a la menor anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa.

Tras el correspondiente impulso fiscal en torno al hecho denunciado, se llevaron a cabo diversas medidas de prueba que, en efecto, determinaron que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida, que se hallaba inscripta con el nombre de Mercedes Beatriz Landa como hija de Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira y que este estado se constituyó poco tiempo después de que las fuerzas armadas la privaran de su libertad cuando contaba con ocho meses de edad.

A raíz de ello, el 25 de febrero de 2000, se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado teniente coronel Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira en orden a los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146 y 293 del Código Penal y se declaró la nulidad de la inscripción del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los nombrados (fs. 532/543 del expediente principal).

2°) Que en virtud de la prueba producida el agente fiscal amplió el requerimiento de instrucción en los siguiente términos "De acuerdo a los elementos colectados en las presentes actuaciones, la menor Claudia Victoria Poblete fue secuestrada junto con sus progenitores José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik el 28 de noviembre de 1978. Esta familia... ha permanecido detenida en el centro de detención clandestina conocido como 'El Olimpo', lugar éste en que el matrimonio Poblete

fuera despojado de su hija Claudia, mediante el artilugio de que sería devuelta a sus abuelos, hecho éste que jamás tuvo lugar. De acuerdo con las constancias de autos, y el testimonio de algunas personas que permanecieron en calidad de detenidos clandestinos en 'El Olimpo', centro éste que estuvo a cargo del General Suárez Mason, algunos de los represores que habían estado encargados de dicho lugar serían responsables del secuestro y la operatoria que culminara en la entrega de Claudia Victoria Poblete a manos del Teniente Coronel Ceferino Landa. Entre aquellos que tendrían conocimiento del destino que se le diera a la menor, se encontrarían Juan Antonio Del Cerro, alias 'Colores', Roberto Rosa, más conocido como 'Clavel', Julio Simón quien actuaba bajo el seudónimo de 'Turco Julián', Carlos Alberto Rolón 'Soler', Guillermo Antonio Minicucci 'Rolando', Raúl Antonio Guglielminetti 'Mayor Guastavino', el Coronel Ferro entre otros. Asimismo, y en lo concerniente al secuestro de la familia Poblete, los intervinientes habrían sido Juan Antonio Del Cerro, Carlos Alberto Rolón y Julio Simón" (fs. 963/964 del principal).

En función de ello el juez instructor dispuso recibirles declaración indagatoria a Juan Antonio Del Cerro (apodado "Colores") y a Julio Héctor Simón (apodado "Turco Julián"), a cuyo efecto ordenó la detención (fs. 1050). A su vez, con fecha 6 de octubre de 2000, tuvo por parte querellante a Horacio Verbitsky, en su carácter de presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con arreglo a los fundamentos que lucen a fs. 1177.

Ahora bien, tras escuchar los descargos de los imputados, el juez de primer grado dispuso el procesamiento, con prisión preventiva, de Del Cerro y Simón por haber secuestrado, retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete –art. 146 del Código Penal– (fs. 1470/1490).

Por su parte, la alzada, al confirmar el mencionado auto de mérito, indicó que, de acuerdo con el impulso procesal generado por el representante del Ministerio Público Fiscal y por la querella, la investigación debía abarcar los hechos ilícitos de los que habían sido víctimas los padres de Claudia Victoria Poblete; sobre este punto indicó que de los diversos testimonios y constancias incorporadas en el expediente se desprendía que cuando los menores que permanecieron o nacieron en cautiverio en "El Olimpo" fueron efectivamente entregados a sus familiares, posteriormente sus padres recuperaron su libertad, en tanto que en los casos en los cuales los niños no fueron devueltos a sus abuelos (como el del matrimonio Poblete y el caso de Lucía

Tartaglia) sus padres permanecían aún como detenidos desaparecidos (fs. 1607/1614).

3°) Que, en razón de ello, el juez de primera instancia consideró que existían elementos de prueba suficientes para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón y a Juan Antonio Del Cerro por los hechos ilícitos sufridos por José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; de modo que, con el objeto de cumplir con dichos actos procesales, declaró la invalidez de los arts. 1° de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9) y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); y, a su vez, con apoyo en el art. 29 de la Constitución Nacional declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del art. 1° de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521 (pronunciamiento de fecha 6 de marzo de 2001 que luce a fs. 1798/1892).

4°) Que tras recibirle declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (fs. 1967/1969), se dictó el procesamiento con prisión preventiva del nombrado sobre la base de las siguientes circunstancias de hecho: "en su calidad de miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo de Ejército Argentino y que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976-1983), secuestró, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad fuertemente armados, a José Liborio Poblete, quien era lisiado de ambas piernas y se movilizaba en silla de ruedas, hecho ocurrido el día 27 de noviembre de 1978, en horas de la tarde y en la zona del barrio 'Once' de esta Ciudad... que en horas de la noche, junto a un grupo de personal de seguridad fuertemente armado, secuestró a la esposa de Poblete, Gertudris Marta Hlaczik (que se encontraba con la hija de ambos, Claudia Victoria), quien fue capturada en su domicilio, sito entre las calles 41 y 42 de Guernica, Provincia de Buenos Aires. Poblete y Hlaczik eran adherentes al grupo político 'Cristianos para la Liberación'. Los secuestros de ambas personas se realizaron con el objeto de conducirlas al centro clandestino de detención denominado 'Olimpo' que se encontraba ubicado en la calle Ramón Falcón, entre Lacarra y Olivera, de esta ciudad; con pleno conocimiento de que allí serían sometidos a torturas y vejámenes y que, luego, en estado de total indefensión, su destino probable sería la eliminación física (muer-

te), a manos de integrantes de las fuerzas de seguridad que formaban parte del sistema clandestino de represión. Ya en el centro 'Olimpo' José Poblete y Gertrudis Hlaczik fueron torturados por Julio Héctor Simón, entre otros, e interrogados acerca de otros integrantes de la agrupación política a la que pertenecían. Entre los métodos de tortura utilizados contra ambos se encontraba la 'picana eléctrica', la aplicación de golpes con elementos contundentes como palos o gomas. Asimismo, Julio Simón, junto a otros integrantes de las fuerzas de seguridad, mantuvieron privados de su libertad a Gertrudis Hlaczik y a José Poblete sin dar intervención a la autoridad judicial. Durante el tiempo que duró su cautiverio en 'Olimpo' Hlaczik y Poblete fueron sometidos a vejámenes y malos tratos; por ejemplo, se les aplicaban golpes, y a Gertrudis Hlaczik la arrastraron tomada de los pelos y desnuda, y a José Poblete, a quien le decían 'cortito', lo levantaban y lo soltaban desde lo alto sabiendo que la falta de miembros inferiores le impediría evitar que se golpeara contra el suelo. Todo ello era realizado por el grupo de tareas que integraba Simón, con la participación activa de éste, quien daba órdenes, custodiaba a los detenidos, y permanecía en el centro de detención en forma estable. Esta situación se mantuvo hasta el mes de enero de 1979 cuando Poblete y Hlaczik fueron sacados del centro 'Olimpo' y presumiblemente eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas" (fs. 2678/2735).

Estos hechos fueron calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurría materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (arts. 118 de la Constitución Nacional; 55, 144 bis, inc. 1° y último párrafo –ley 14.616– en función del art. 142, incs. 1° y 5° –ley 21.338–, 144 ter, párrafos primero y segundo –ley 14.616– del Código Penal; 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

5°) Que, a su turno, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital Federal, con fecha 9 de noviembre de 2001, rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa de Julio Héctor Simón, y confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1° de la ley 23.492 –de punto final– y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 –de obediencia debida– y había citado a prestar

declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente 17.889); y en la misma fecha en el expediente 17.768 homologó el pronunciamiento del juez de primera instancia que había decretado el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón, por crímenes contra la humanidad, consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1° y último párrafo –texto según ley 14.616– en función del art. 142, incs. 1° y 5° –texto según ley 20.642–, 144 tercero, párrafos primero y segundo –texto según ley 14.616– del Código Penal; y arts. 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisible con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma exigida por el art. 15 de la ley 48; tal decisión dio lugar a la presente queja.

6°) Que, en el recurso extraordinario, el recurrente plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado a raíz de la intervención de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) como querellante, pues sostiene que la participación del nombrado en el proceso significó la consagración –por vía judicial– de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, que sólo recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva, por lo que en consecuencia, a su juicio, carecía de legitimación para querellar.

Por otro lado, postula la validez constitucional de la ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en el art. 1°. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los arts. 75, incs. 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Que tales leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían de lograr la concordancia social y política, no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820– con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de las garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la ley 23.313).

7°) Que, en primer lugar, cabe puntualizar que las resoluciones recurridas en tanto importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencia definitiva, según la doctrina establecida por los precedentes de Fallos: 310:2246; 312:1351; 314:451, entre otros.

8°) Que en lo que atañe al cumplimiento del requisito propio de tribunal superior contemplado por el art. 14 de la ley 48, corresponde hacer las siguientes precisiones:

El recurso extraordinario fue interpuesto el 6 de junio de 2002 contra la sentencia de la cámara federal con arreglo a lo decidido en los pronunciamientos “Rizzo” (Fallos: 320:2118), “Panceira” (Fallos: 324:1632) y “Stancanelli” (Fallos: 324:3952), según los cuales satisfecha la garantía constitucional de la doble instancia, la alzada constituía el superior tribunal a los fines de habilitar la apertura de esta instancia federal.

Sin embargo, esta doctrina ha sido modificada recientemente a raíz de la sentencia dictada *in re* D.199.XXXIX “Di Nunzio, Beatríz Herminia s/ excarcelación –causa N° 107.572–”, del 3 de mayo de 2005, en la que se fijó la regla por la cual siempre que en el ámbito de la justicia penal nacional, conforme al ordenamiento procesal vigente, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte por vía extraordinaria, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyendo de esta manera a dicho órgano en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

En ese caso, además, se subrayó que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no había sido precedida de una jurisprudencia uniforme, razón por la cual se estableció que la aplicación en el tiempo del nuevo criterio fijado correspondía a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese fallo (doctrina de Fallos: 308:552 "Tellez").

Sin embargo, con el objeto de dar cabal cumplimiento con la nueva doctrina fijada, mas sin que este modo de proceder vulnere los derechos del recurrente, se dispuso remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen para que la defensa –a quien ya se le había garantizado el derecho al recurso en la instancia de apelación– pudiese introducir por las vías que se calificaron como aptas por ante el tribunal de casación sus derechos y agravios federales involucrados.

9°) Que esta solución no puede aplicarse al caso en función de las consecuencias a que dan lugar las vías utilizadas por el recurrente.

En efecto, cabe recordar que el imputado impugnó simultáneamente la sentencia apelada por ante la Cámara Nacional de Casación Penal mediante los recursos de inconstitucionalidad y de casación, y por ante esta Corte con un recurso extraordinario federal; que frente al rechazo de la totalidad de las apelaciones, el imputado dedujo sendas quejas ante la Cámara Nacional de Casación Penal y ante este Tribunal; que la cámara de casación desestimó la presentación directa con fundamento –precisamente– en la doctrina derivada de los precedentes "Rizzo" y "Panceira"; y que de acuerdo a la certificación agregada a fs. 256 de esta queja (S.1767. XXXVIII) el imputado no interpuso recurso extraordinario contra dicha decisión.

Lo expuesto revela la imposibilidad jurídica de reeditar la instancia casatoria, pues el recurrente agotó y consintió la denegación de esta vía de impugnación mediante una conducta que no puede jugar en contra del ejercicio del derecho de defensa del imputado, ya que en definitiva su proceder se ajustó a las reglas establecidas y aceptadas por la doctrina imperante.

Las especiales circunstancias reseñadas tornan de estricta aplicación la pauta jurisprudencial fijada en Fallos: 308:552 "Tellez", según la cual la autoridad institucional del nuevo precedente debe comen-

zar a regir para el futuro, de modo que corresponde examinar los agravios que, como de naturaleza federal, invoca el recurrente.

En esta inteligencia, además, esta Corte ha considerado arbitrario el pronunciamiento fundado en el viraje jurisprudencial operado a partir de un nuevo precedente, sobre la base de que se desvirtúa la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que debe atenerse al momento de intentar el acceso a la instancia revisora, lo cual genera una situación concretamente conculcatoria del derecho constitucional de defensa (Fallos: 320:1393).

10) Que, por último, cabe señalar que no se observa apartamiento de lo aquí dispuesto con el criterio aplicado por este Tribunal en los autos "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Juan Antonio Del Cerro en la causa 'Simón, Julio y Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años –causa N° 8686/2000–'", con fecha 30 de septiembre de 2003 (Fallos: 326:3988), en cuanto devolvió los autos al tribunal de origen para que se sustancie el recurso de inconstitucionalidad (art. 474 del Código Procesal Penal de la Nación), pues lo decisivo es que en ese caso esta Corte estaba habilitada para abrir la instancia revisora de la Cámara Nacional de Casación Penal mientras que en el *sub lite* se carece de dicha atribución en los términos señalados, ocasionando por ende a este procesado un agravio substancial a sus garantías constitucionales si no se procediese del modo indicado; máxime, cuando no puede soslayarse la magnitud del tiempo transcurrido y la restricción de libertad que soporta el recurrente con motivo de la decisión de la que se agravia.

En este sentido, no debe pasarse por alto que uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional de la defensa en juicio es el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal (Fallos: 272:188).

11) Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisible en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte

querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación (Fallos: 310:248).

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que –de momento– cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

En este sentido, cabe subrayar que más allá de la tacha que postula este procesado con respecto al alcance otorgado por la cámara *a quo* a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, materia que –como regla– es ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 180:136; 188:178; 252:195), lo decisivo es que la recurrente no ha logrado demostrar el modo en que su situación procesal ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por este querellante en el *sub lite* para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si se tiene en cuenta que un planteo de esa naturaleza estaba ínsito en el requerimiento fiscal que incluyó en el objeto del proceso la investigación de los delitos cometidos a raíz de la detención y desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; máxime cuando con particular referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental, 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: 324:3219; causa B.1160.XXXVI “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, de fecha 19 de agosto de 2004).

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

12) Que en cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada “ley de obediencia debida”, corresponde señalar que

al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1° de dicha ley, por los delitos cometidos "desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo" (art. 10, inc. 1, ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar "de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad" (art. 1°, ley 23.521, *in fine*).

13) Que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.

No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*.

16) Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar *amnistías generales*, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

18) Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, "Velásquez Rodríguez" (1), la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un *deber de garantía*, de conformidad con el cual, "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (2).

19) Que si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones *concretas* de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92 (3). En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho

---

(1) CIDH, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4.

(2) Loc. cit. § 172.

(3) "Consuelo Herrera v. Argentina", casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe Nº 28, del 2 de octubre de 1992.

de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos –desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros– cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar" (4).

21) Que ya a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que los actos en cuestión hubieran sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino (5)) era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH.

22) Que, sin embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión en el Informe citado, en particular, con respecto a cuáles eran las "medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos". Ello, por cuanto el tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes de punto final y obediencia debida no permitía inferir, sin más ni más, si era suficiente el mero "esclarecimiento" de los hechos, en el sentido de los llamados "juicios de la verdad", o si los deberes (¡y las facultades!) del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de *todos sus efectos*, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

---

(4) Loc. cit., puntos resolutivos 1 y 3, respectivamente.
(5) Cf. § 25.

23) Que tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" (6). En efecto, en dicha sentencia, la Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de "Barrios Altos", el 3 de noviembre de 1991. Según se desprende del relato de los hechos, esa noche, durante una fiesta para recaudar fondos, llegaron dos vehículos con sirenas policiales. Sus ocupantes llevaban pasamontañas y obligaron a los asistentes a arrojarse al suelo, y una vez allí, les dispararon con ametralladoras y mataron a quince personas. Los autores del hecho fueron identificados como miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un "escuadrón de eliminación" con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en represalia contra supuestos integrantes de la agrupación "Sendero Luminoso". Aunque el hecho ocurrió en 1991, sólo en 1995 una fiscal intentó sin éxito hacer comparecer a los militares imputados a fin de que prestaran declaración. Poco después, una jueza asumió la investigación y ordenó la citación. Sin embargo, la justicia militar dispuso que los militares no declararan. De este modo, se planteó un conflicto de competencia ante la Corte peruana, y antes de que ésta resolviera, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. La jueza declaró la inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al tiempo, el Congreso dictó una nueva ley (26.492), en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria. Además, amplió el alcance de la ley anterior, con lo cual quedaron también abarcados aquellos hechos que no hubieran sido denunciados. El tribunal de apelación que revisaba la decisión de la jueza declaró la constitucionalidad de las leyes en cuestión, y ello determinó el archivo definitivo de la investigación.

La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dic-

---

(6) CIDH, caso "Chumbipuma Aguirre vs. Perú", sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C Nº 75.

tado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente que "*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos*, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos" (7). Señaló asimismo: "La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las *leyes de autoamnistía*, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana" (8). Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "*las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables*" (9).

24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por

(7) Cf. § 41.
(8) Cf. § 43.
(9) Cf. § 44. Sin destacar en el original.

cierto, "exactamente" iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.

En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter *de facto* o no del gobierno que las dicta, sino que son *razones materiales* las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos.

25) Que, a esta altura, y tal como lo señala el dictamen del señor Procurador General, la circunstancia de que leyes de estas características puedan ser calificadas como "amnistías" ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad. Pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles.

26) Que, en este sentido, el caso "Barrios Altos" estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposi-

ción beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

27) Que en este punto resulta pertinente recordar el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso "Barrios Altos", en el que se reconoce que el dictado de una amnistía, bajo ciertas circunstancias, podría resultar conveniente para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas, en el marco de "un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda...". Sin embargo "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad" (10).

28) Que, por otro lado, a partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas "leyes de autoamnistía", se advierte que no sería suficiente con la supresión "simbólica" de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

29) Que, por lo demás, la sentencia en el caso "Barrios Altos" no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante. Así, en la sentencia del 3 de septiembre de 2001, al interpretar el alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo allí resuelto se aplicaba con efecto general a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, y volvió a insistir en que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención cons-

(10) Cf. caso "Barrios Altos" *supra* cit., voto concurrente del juez García Ramírez, § 10 y sgtes.

tituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado" (11).

30) Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (12), cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en Fallos: 326:2805 ("Videla, Jorge Rafael"), voto del juez Petracchi; 326:4797 ("Astiz, Alfredo Ignacio"), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni) y, en especial, en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–", resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la

---

(11) Cf. CIDH, caso "Barrios Altos", interpretación de la sentencia de fondo, sentencia del 3 de septiembre de 2001, Serie C Nº 83.

(12) Cf. CIDH, caso "19 Comerciantes", sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C Nº 109, (§§ 175, 262 y sgtes.); caso "Hermanos Gómez Paquiyaurí", sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C Nº 110, (§§ 232 y sgtes.); caso "Tibí", sentencia del 7 de septiembre de 2004 Serie C Nº 114, (§ 259 y sus citas); caso "Masacre Plan de Sánchez", sentencia del 19 de noviembre de 2004 Serie C Nº 116, (§§ 95 y sgtes., esp. § 99); caso "Hermanas Serrano Cruz", sentencia del 1º de marzo de 2005 Serie C Nº 120, (§§ 168 y sgtes., esp. §172); caso "Huilca Tecse", sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C Nº 121, (§§ 105 y sgtes., esp. § 108).

prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

32) Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el art. 2, de la ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna (13). Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes (14) y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando (15). Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

33) Que los alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la

---

(13) Cf. Cámara de Diputados, 4º sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, pág. 22 y sgtes.

(14) Cf. Cámara de Diputados, 4º sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, i.a. págs. 31, 50, 52.

(15) Cf. versión taquigráfica provisional, Cámara de Senadores, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, i. a., págs. 3, 36, 39 y sgtes. En esta dirección, también se citaron en apoyo de la decisión las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formulada en el informe 28/92, *supra* cit.

ONU, según el cual "cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías..." (16).

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina (17) establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: "Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores" (18). Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: "El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto [PIDCP]" (19). Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes "pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto [PIDCP]. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños" (20).

34) Que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, po-

---

(16) Observación General Nº 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones (2004), §§ 17 y sgtes.

(17) Sesión 1893, del 1º de noviembre de 2000. Tales observaciones también fueron tomadas en consideración en el debate en la Cámara de Senadores i.a. págs. 42 y 47.

(18) Loc. cit., § 9.

(19) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentario sobre Argentina adoptados durante su sesión 53, el 5 de abril de 1995, § 3.

(20) Loc. cit., § 10.

dría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al **declarar** la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica.

Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada –o, en su caso, rechazada– por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta "usurpación de funciones" tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una **declaración** del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la "ley" sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.– Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.– Declarar la validez de la ley 25.779.

3.– Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avan-

ce de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.– Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa de Julio Héctor Simón, y confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1° de la ley 23.492 –de punto final– y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 –de obediencia debida– y citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente 17.889). En el expediente 17.768 homologó el pronunciamiento del juez de primera instancia que había decretado el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón por crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos en dos oportunidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1° y último párrafo –texto según ley 14.616– en función del art. 142, incs. 4° y 5° –texto según ley 20.642–, 144 tercero, párrafos

primero y segundo –texto según ley 14.616– del Código Penal, y arts. 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisible con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma exigida por el art. 15 de la ley 48. Tal rechazo dio lugar a la presente queja.

2°) Que el recurrente plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado por el presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales como querellante, pues sostiene que su participación en el proceso significó la consagración, por vía judicial, de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, que sólo recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva, por lo que carecería de legitimación para querellar.

Sostiene la validez constitucional de la ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en su art. 1°. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los art. 75, incs. 12 y 20, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Señala asimismo que tales leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –aprobada por la ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la ley 24.820– con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la ley 23.313).

3°) Que, el imputado interpuso simultáneamente recursos de inconstitucionalidad ante la Cámara Nacional de Casación Penal y extraordinario federal ante la Corte. Frente al rechazo de ambos re-

cursos, el imputado dedujo queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal y ante este Tribunal. La Cámara de Casación desestimó la queja, sin que contra esta decisión interpusiera recurso extraordinario, por lo que este último pronunciamiento constituye la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, de modo que el remedio federal interpuesto contra la sentencia de cámara resulta prematuro (Fallos: 312:292, entre otros).

4°) Que si bien lo expuesto bastaría para desestimar el recurso, habida cuenta de que la mayoría de los jueces de esta Corte ha considerado satisfecho el requisito del superior tribunal de la causa, corresponde ingresar al examen de las cuestiones federales propuestas por el recurrente.

5°) Que la sentencia apelada tiene carácter definitivo de acuerdo con la doctrina de Fallos: 324:1632, 3952, a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

6°) Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisible en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación del presidente del C.E.L.S. para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación (Fallos: 310:248).

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como el representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que –de momento– cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

7°) Que la cuestión a decidir es si la acción penal para perseguir un delito de lesa humanidad puede extinguirse por amnistía o prescripción, lo cual torna necesario juzgar si las leyes que habrían opera-

do tal extinción son válidas en el derecho argentino y en el derecho internacional. Esto es, si tales leyes llamadas de "obediencia debida" y "punto final", son válidas en el derecho argentino e internacional.

8°) Que, es impostergable la definición por esta Corte de la propia Constitución Nacional, para dar suficiente respuesta a tal cuestión, esto es, en qué consiste exactamente esta Constitución. La jurisprudencia y la doctrina constitucionales no parecen estar de acuerdo acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior (causas "*Petric*" Fallos: 321:885; A.533.XXXVIII "*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*", y E.224.XXXIX "*Espósito, Miguel Angel s/ incidente de la prescripción penal*", pronunciamientos del 24 agosto y 23 de diciembre de 2004, respectivamente).

9°) Que la Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal (causa "*Monges*" Fallos: 319:3148). Tal *referencia* significa la remisión a un tratado vigente internacionalmente del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* al derecho interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar aprobados legislativamente y ratificados por el presidente de la Nación; como ha sido de práctica en Holanda. Tampoco hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional similar a la de los tratados sin seguirlo tal cual rige internacionalmente. Tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75, inc. 22, dispone una *referencia* y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista.

10) Que esta Corte estableció que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados establece en su última parte que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera

parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual, han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución (causa "*Monges*" Fallos: 319:3148, considerandos 20, 21 y 22). Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.

11) Que esta doctrina, reafirmada en la causa "*Petric*" Fallos: 321:885, entre muchas otras, resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del citado art. 75, inc. 22 de la Constitución.

12) Que, en rigor cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente, por autorización de la Constitución misma, según el cual, al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución, estatuye que el tratado no sólo es arreglado a los principios de derecho público de esta Constitución, sino que el tratado no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifi-

ca, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales, guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia unos sobre otros, pues todos integran la Constitución misma con igual rango. Y es la Constitución misma la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75, inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75, inc. 22, de la Constitución lesiona el art. 30 sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución.

Otra cosa sería si se declarara inválida la reforma constitucional que faculta al Congreso a conferir aquella jerarquía a ciertos tratados. Empero, nadie ha insinuado siquiera que tal facultad del Congreso conferida por la reforma de 1994 fuese inconstitucional.

No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales. Es claro que el Congreso no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución.

13) Que los “referidos tratados” no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente, tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que “la referencia” que hace la Constitución es a esos tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en

aquel ordenamiento ("*Giroldi*" Fallos: 318:514). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La *referencia* a los Tratados – Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático ("*Arce*", Fallos: 320:2145, considerando 7°). Los Estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participando en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos (ver Simma, *Human Rights in the United Nations at Age Fifty*, 1995, págs. 263-280 y Simma y otros en *The Charter of the United Nations a Commentary*, 2da. Ed. Vol. 1, pág. 161, nota 123). Además y concordantemente "los derechos básicos de la persona humana" son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario (*Barcelona Traction Lights and Power Company Ltd*, ICJ Reports 1970, pág. 32, parágrafo 33).

14) Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. O si el derecho de réplica (art. 14 Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio.

15) Que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente "en las condiciones de su vi-

gencia", esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (Fallos: 318:514; 321:3555; 323:4130, disidencia del juez Boggiano).

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 2 de la ley 23.054). Sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos: 321:3555 y sus citas).

16) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1) impone el deber a los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana consideró que "es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (O/C 11/90, parágrafo 23). Y esta Corte ha juzgado que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Fallos: 315:1492).

17) Que este deber adquiere particular relevancia en casos como el presente en el que se hallan en juego delitos de acción pública, en los que el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigar. Tiene la acción punitiva y la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares o

que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de ellos (Informe N° 34/96 casos 11.228 y otros, *Chile*, 15 de octubre de 1996, párrafo 72 e Informe N° 36/96, *Chile*, párrafo 73; análogamente Informe N° 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999, pár. 119; Informe N° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, pár. 81; Informe 61/01, caso 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile*, 16 de abril de 2001, párrafo 62).

La obligación del Estado en relación a los deberes de investigación y sanción de delitos aberrantes ya fue reconocida por esta Corte en la causa "*Suárez Mason*", Fallos: 321:2031, disidencia del juez Boggiano; causa "*Urteaga*", Fallos: 321:2767; causa "*Ganora*", Fallos: 322:2139 y más recientemente en la causa "*Hagelin*", Fallos: 326:3268.

18) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado el alcance de los arts. 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención, al señalar que garantizan a toda persona el acceso a la justicia para proteger sus derechos y que recae sobre los Estados partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores y encubridores de las violaciones de los derechos humanos (*caso de la "Panel Blanca" Paniagua Morales y otros. Reparaciones*, Serie C N° 37, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 198; *caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 186; *caso Blake. Reparaciones*, Serie C N° 48, sentencia del 22 de enero de 1999, párr. 61 y sus citas, *caso Barrios Altos*, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001). Toda violación de derechos humanos conlleva el deber del Estado de realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones y, en su caso, punirlas.

19) Que los Estados Partes deben combatir la impunidad, definida ésta como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana", atento que este mal propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (*Caso Blake, Serie C N° 48, Reparaciones*, sentencia del 22 de enero de 1999 pár. 64 y 65 con remisión a Serie, *Caso Paniagua Morales y otros*, Serie C-37, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173; *Caso Loayza Tamayo, Serie C-42 Reparaciones*, sentencia del 27 de noviembre de

1998, párr. 171 y, *Caso Suárez Rosero, Serie C-44, Reparaciones*, sentencia del 20 de enero de 1999, párr. 80).

20) Que en ese orden de ideas el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Impunidad, Louis Joinet expresó que la situación de impunidad surge del hecho de que los Estados no cumplen con su obligación de investigar y adoptar, particularmente en el área de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y, en su caso, castigados. Se configura además, si los Estados no adoptan medidas apropiadas para proveer a las víctimas de recursos efectivos, para reparar los daños sufridos por ellas y para prevenir la repetición de dichas violaciones (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1).

21) Que, a la luz de tales principios, la Corte Interamericana consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (caso *Barrios Altos*, Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41).

22) Que la Corte Interamericana concluyó que las leyes de esta naturaleza carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos ni para la identificación y el castigo de los responsables (*Barrios Altos*, párrs. 41-44 y *Barrios Altos –Chumbipuma Aguirre y otros v. El Perú– Interpretación de la Sentencia de Fondo*, Serie C N° 83, art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sentencia del 3 de septiembre de 2001).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el mismo espíritu recomendó en varias oportunidades, “derogar o en definitiva dejar sin efecto toda medida interna, legislativa o de otro orden, que tienda a impedir la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables del arresto y la desaparición” (Informe N° 19/99, caso 10.542 *Pastor Juscamaita Laura, Perú*, 23 de febrero de 1999, párr. 43 y 46; en análogos términos Informe N° 20/99 *Rodolfo Robles Espinoza e hijos, Perú*, del 23 de febrero de 1999, párr. 171, 174 y recomen-

daciones; Informe N° 136/99 caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párr. 241, recomendación 3; Informe 61/01, caso 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile*, 16 de abril de 2001, párr. 96 recomendación 2; Informe N° 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999).

23) Que, en voto concurrente, el juez Sergio García Ramirez en el caso *Castillo Paez*, Serie C N° 43, sentenciado el 27 de diciembre de 1998, no desconoció la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza. Por el contrario, señaló que es plausible llevar adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del derecho internacional y nacional, alentado, por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas. Agregó que en la reciente doctrina sobre derechos humanos ha sido ampliamente examinado el tema que por su naturaleza importa la impunidad de conductas realizadas antes de la sanción de tales normas. En consecuencia, afirmó la necesidad de armonizar las exigencias de la paz y la reconciliación con el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, especialmente en supuestos de delitos de lesa humanidad, como el genocidio, la ejecución extrajudicial, la tortura o la desaparición forzada, amparadas en supuestas necesidades de lucha contra la subversión. Además, puso énfasis en que las amnistías no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad. En este orden de ideas destacó que la impunidad que apareja las normas sobre amnistías debe limitarse en la mayor medida posible, a fin de que aquéllas alcancen los objetivos que legítimamente pretenden, sin menoscabar el respeto a los derechos humanos cuya violación no puede considerarse como un recurso legítimo en las contiendas internas (párrafos 6, 7 y 8 del voto del citado magistrado, reiterado en el ya citado caso *Barrios Altos*, párrafos 9, 10 y 11).

24) Que tal como surge de los considerandos precedentes, el aspecto punitivo como integrante del “deber de investigar” y, por ende, del de “garantía” consagrado en el art. 1.1. significa que sólo “el enjuiciamiento y castigo de los responsables” constituye, en violaciones de esta índole, la medida más efectiva para poner en vigencia los derechos protegidos por el Pacto (caso *Blake*, sentencia del 24 de enero de

1998, Serie C-36, párrs. 96 y 97). Cabe tener en cuenta muy especialmente que el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado que el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario que favorece "la amnistía más amplia posible" después del cese de los conflictos armados internos, no puede interpretarse en el sentido de que apoya la amnistía de violaciones al derecho humanitario sino que sólo se refiere a una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en ellas, no para aquellos que han violado el derecho internacional humanitario (Informe N° 1/99 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999, párrs. 114 y 115 y sus citas).

25) Que, según la Comisión, la creación de organismos de investigación y el dictado de normas por los Estados Partes que establecieron reparación pecuniaria a los familiares de desaparecidos u otras medidas semejantes no son suficientes para cumplir con las actuales exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. Pues el derecho a la verdad sobre los hechos, como obligación del Estado no sólo con los familiares de las víctimas sino también con la sociedad, ha sido diseñado como sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables y tiene un fin no sólo reparador y de esclarecimiento sino también de prevención de futuras violaciones (CIDH Informe N° 25/98 casos 11.505, *Chile*, del 7 de abril de 1998, pár. 87 y 95 e Informe N° 136/99 caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párrs. 221 a 226) .

La Comisión también sostuvo que a pesar de la importancia que tienen las comisiones para establecer la realidad de los hechos relacionados con las violaciones más graves y para promover la reconciliación nacional, las funciones desempeñadas por ellas no pueden ser consideradas como un sustituto adecuado del proceso judicial, ni tampoco de la obligación de investigar del Estado, en los términos de identificar a los responsables, de imponerles sanciones y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (Informe N° 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros, El Salvador*, 27 de enero de 1999, párr. 145; Informe N° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, párr. 103). Y el reconocimiento de responsabilidad realizado por el gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones pues, por sí mismas, no son suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. (Informe N° 34/96 casos 11.228 y otros, *Chile*, 15 de octubre de 1996,

párrs. 54 a 57 y 72 a 77 e Informe N° 36/96; Informe N° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, párr. 75; Informe N° 136/99 caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador*, del 22 de diciembre de 1999, párrs. 229 a 232 e Informe 61/01, caso 11.771 *Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile*, del 16 de abril de 2001, párrs. 52 a 55 y 81 a 83).

26) Que es en el contexto del principio sancionatorio como integrante del deber de investigar que la Comisión evaluó defensas de Estados demandados, que habían recuperado su normalidad democrática, basadas en que leyes como las cuestionadas fueron sancionadas por un gobierno anterior o en la abstención u omisión del Poder Legislativo en derogarlas o en la obligación de respetar las decisiones del Poder Judicial que confirmó su aplicación. La Comisión en todas estas oportunidades, señaló que independientemente de la legalidad o constitucionalidad de dichas normas en el derecho interno, resultaba competente para examinar los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de cualquier otra índole que resultara incompatible con los derechos y garantías consagrados en la Convención. Y juzgó que el Estado chileno "no puede justificar desde la perspectiva del derecho internacional el incumplimiento" del Pacto de San José de Costa Rica, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su art. 27 que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Informes N° 34/96, *Chile*, párrs. 41 y 43 y 36/96, *Chile*, párrs. 41, 43 y 85).

27) Que, por consiguiente, el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana).

28) Que aun antes de tal jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fun-

damento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118 de la Constitución Nacional que contempla los delitos contra el derecho de gentes fuera de los límites de la Nación y ordena al Congreso determinar por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Ello da por supuesto que tales delitos pueden ser juzgados en la República y, cabe entender, también en otros Estados extranjeros. Y además, que esos delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes, por su gravedad, lesionan el orden internacional, en modo que no puede verse en tal art. 118 sólo una norma de jurisdicción sino sustancialmente de reconocimiento de la gravedad material de aquellos delitos (causa "*Nadel*" registrada en Fallos: 316:567, disidencia del juez Boggiano).

29) Que según la teoría de la jurisdicción universal, sin necesidad de abrir juicio aquí sobre las prácticas extranjeras comparadas, tales delitos podrían ser juzgados aun fuera del país en el que se hubiesen cometido, los delitos contra el derecho internacional pueden fundar la jurisdicción universal de cualquier Estado según la costumbre internacional por violar una norma de *ius cogens* en modo sistemático lesionando el derecho internacional.

30) Que al respecto cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que si el Estado en cuestión compromete su responsabilidad internacional al optar por no administrar justicia ante la aplicación de una ley como la de amnistía y dejar, en tales condiciones, el crimen en la impunidad, resulta plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aun cuando aquellos fueran cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial. Frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quiere o no puede cumplir con su obligación de sancionar a los responsables debe en consecuencia aceptar la habilitación de la jurisdicción universal a tales fines (Informe N° 133/99 caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza, Chile*, 19 de noviembre de 1999, párrs. 136 a 149 y punto 2 de las recomendaciones).

31) Que, en esa hipótesis, podría darse el caso de que estos delitos fuesen juzgados en algún o algunos Estados extranjeros y no en la

Argentina, con el consiguiente menoscabo de la soberanía jurisdiccional de nuestro país.

32) Que ello sentado corresponde adentrarse en el tratamiento de la validez o invalidez de las leyes 23.492 y 23.521.

33) Que el art. 2° de la ley 23.521 establece que "la presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles".

34) Que de aquí se deduce, como consecuencia lógica necesaria e ineluctable, que esas leyes, obviamente, también excluyen los delitos de lesa humanidad, esto es, las graves violaciones de derechos humanos que lesionan el derecho internacional universal imperativo. En efecto, no es dable presumir que el legislador haya intentado derogar el derecho internacional consuetudinario. Es un principio de interpretación general que las normas de derecho estatal deben entenderse en modo que armonicen con las normas del derecho internacional (*Trans World Airlines v. Franklin Mint*, 466 U.S 243/1984; *Washington vs. Washington State Comercial Passenger Fishing Vessel Assn*; 443 U.S 658, 690 1979; *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S 25, 32 1982). Tanto más tratándose de normas de *ius cogens*.

35) Que si alguna improbable interpretación de las leyes 23.492 y 23.521 condujese al resultado de juzgar amnistiados delitos de lesa humanidad aquéllas serían tanto manifiestamente contrarias al derecho internacional como al derecho constitucional argentino.

36) Que de antaño y hogaño, esta Corte ha considerado que las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno ("*the law of the land*", Fallos: 43:321; 125:40; 176:218; 178:173; 182:185, entre muchos otros).

37) Que, en consecuencia, cabe concluir que las leyes 23.492 y 23.521, en tanto y en cuanto no comprendan delitos de lesa humanidad son inaplicables al caso y, por el contrario, son insanablemente inconstitucionales en tanto y en cuanto pudiesen extinguir delitos de lesa humanidad.

38) Que, en el caso, corresponde declarar la inaplicabilidad o, si se juzgara aplicable, la inconstitucionalidad de las citadas leyes pues se

persigue a Julio Héctor Simón por crímenes contra el derecho de gentes. En efecto, los hechos investigados en la causa encuadran en el art. 2 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24.820, art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición "otros actos inhumanos", según la remisión al art. 6 c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

Al respecto cabe destacar que es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del *ius cogens*, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito. Es justamente por esta circunstancia que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*, como derecho internacional imperativo (Fallos: 321:2031, disidencia del juez Boggiano).

39) Que, en consecuencia, corresponde examinar si los hechos que se le imputan al recurrente son susceptibles de persecución o, si por el contrario la acción penal se ha extinguido por el transcurso del tiempo.

40) Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y

la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567).

41) Que, en este sentido el art. VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone que la acción penal y la pena no estarán sujetas a prescripción. Por su parte el art. III dispone que tal delito será considerado como "continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima". Al respecto cabe tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el obstáculo al deber de investigar en forma efectiva derivado de la prescripción de la acción penal, podía considerarse salvado a partir del carácter permanente de la privación ilegal de la libertad que integra el delito complejo de "desaparición forzada". Destacó que en supuestos como el señalado la prescripción se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito. Es decir, que el plazo de prescripción no corre mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la víctima (caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Serie C N° 92, sentencia del 27 de febrero de 2002, párr. 72; en el mismo sentido caso *Velásquez Rodríguez*, Serie C N° 4, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 181).

42) Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no estuvieren vigentes al momento de sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello por cuanto, en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar, como se hizo en la citada causa "*Arancibia Clavel*", voto del juez Boggiano, que no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario (considerando 29). Aquella calificación provisional puede modificarse en el transcurso del juicio y también, por cierto en la sentencia definitiva.

43) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es

más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (*Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial (causa "*Arancibia Clavel*", voto del juez Boggiano, considerando 39).

44) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Esta Corte, en cambio, no puede adherir a la autoridad de la Casación francesa en cuanto juzga que ningún principio del derecho tiene una autoridad superior a la ley nacional, en ese caso francesa, ni permite declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, ni prescindir de los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal más severa cuando se trata de crímenes contra la humanidad (Corte de Casación, *Fédération Nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, 20 de diciembre de 1985; N° 02-80.719 (N° 2979 FS) – P+B, 17 de junio de 2003, "*Arancibia Clavel*", voto del juez Boggiano, considerando 31).

45) Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo.

Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos: 319:2779).

46) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (art. I).

Este mismo principio surge del Preámbulo de dicha Convención al expresar que "...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones por el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo". En este sentido advierte que "la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes".

Asimismo se reconoce que es oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación internacional. De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo "afirmar" en lugar de "enunciar" a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

47) Que tal regla es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura (Fallos: 319:3148).

48) Que, no cabe predicar que el mencionado instrumento internacional está subordinado a la Constitución, pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención

ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

Tal principio conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino.

49) Que, por lo demás, no es posible afirmar que el art. 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el art. 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio *supone*, aunque obviamente, no *establece* los principios del derecho de gentes.

50) Que, finalmente, no es ocioso traer a consideración una fuente de doctrina autorizada para el derecho argentino (art. 2° de la Constitución Nacional; ver, por todos el maestro Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, EDIAR, 1996, Cap. 11, La libertad religiosa, doctrina y derecho judicial).

"*Los miembros de las fuerzas armadas están moralmente obligados a oponerse a las órdenes que prescriben cumplir crímenes contra el derecho de gentes y sus principios universales*. Los militares son plenamente responsables de los actos que realizan violando los derechos de las personas y de los pueblos o las normas del derecho internacional humanitario. Estos actos no se pueden justificar con el motivo de la obediencia a órdenes superiores" (Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Conferencia Episcopal Argentina, 2005, N° 503).

En definitiva, para que pueda percibirse adecuadamente la estructura lógica del presente voto cabe, en suma, puntualizar lo siguiente: a) se procesó y apresó a Julio Héctor Simón por crímenes de lesa humanidad; b) las leyes 23.492 y 23.521 son inaplicables a estos delitos porque no los contemplaron o, de ser aplicables, son inconstitucionales porque si los contemplaron violaron el derecho internacional consuetudinario vigente al tiempo de su promulgación; c) nada

corresponde juzgar acerca de la constitucionalidad de ambas leyes respecto de delitos que no son de lesa humanidad, pues no se trata aquí de un caso tal; d) aquellas leyes son inaplicables a los delitos de lesa humanidad o son inconstitucionales si fuesen aplicables a los delitos de esa laya. En ambas hipótesis resultan inaplicables. Nada más corresponde declarar en este caso.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos, se declaran inaplicables al caso las leyes 23.492 y 23.521 y, por ende, firmes las resoluciones apeladas Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto de la mayoría.

I. Poderes de interpretación y anulación del Congreso.

12) Que más allá del control de constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 –de Punto Final y Obediencia Debida–, corresponde analizar las facultades del Congreso de la Nación para sancionar la ley 25.779, por la que se declara la nulidad de las leyes de referencia, ya derogadas por la ley 24.952, así como las atribuciones del Poder Judicial en general, y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular, en relación con la revisión constitucional en el caso concreto y con independencia de la declaración de nulidad.

13) Que, la Constitución Nacional en su carácter de norma jurídica operativa condiciona con sus mandatos la actividad de los poderes constituidos, razón por la cual el órgano legislativo no escapa a tal principio y, en consecuencia, su obrar debe estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, normas, declaraciones y derechos

reconocidos en el plexo jurídico de base. La regla expuesta se ha visto complementada a partir de la reforma constitucional de 1994 con el reconocimiento de jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos, así como con la inclusión de un procedimiento de mayoría agravada a cargo del Congreso de la Nación para disponer aquella jerarquía respecto a otros tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

14) Que, en consecuencia, esta Corte históricamente ha entendido que "es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente" (Fallos: 53:420). En lo que respecta al Poder Legislativo y a su rol dentro del sistema de gobierno que adopta la norma fundamental ha señalado que los principios que hacen al régimen representativo republicano se sustentan en que "en todo estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía..." (Fallos: 180:384). Asimismo ha agregado que "La Constitución establece para la Nación un gobierno representativo, republicano, federal. El Poder Legislativo que ella crea es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general..." (Fallos: 201:249, pág. 269), y en tal sentido "la función específica del Congreso es la de sancionar las leyes necesarias para la felicidad del pueblo... Es clásico el principio de la división de los poderes ínsito en toda democracia y tan antiguo como nuestra Constitución o su modelo norteamericano o como el mismo Aristóteles que fue su primer expositor. Ese espíritu trasciende en la letra de toda la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corte..." (del voto del juez Repetto en Fallos: 201:249, pág. 278). Por ello, "...tratándose de los actos de un gobierno regular lo será atendiendo al modo que para la sujeción de ellos a la justicia y su enderezamiento al bien común se establece en los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional –traducción positiva de las exigencias de un orden justo– y se articula en todas las demás disposiciones de ella relativas al establecimiento y facultades de los distintos órganos del poder..." (del voto del juez Casares en Fallos: 201:249, pág. 281).

15) Que es en este contexto en el que debe analizarse la decisión política del Congreso de la Nación plasmada en la ley 25.779 así como los efectos de aquélla. En consecuencia, cabe en primer término revi-

sar los fundamentos del Poder Legislativo para declarar "insanablemente nulas" las leyes 23.492 y 23.521. En la sesión en la que se aprobó la ley, el diputado Urtubey sostuvo que "...Esas dos leyes, que terminaban estableciendo un disvalor moral y ético, no pueden sostenerse en el marco de un sistema republicano que dé garantías no sólo a aquellos que están imputados de delitos y en cuyo beneficio se pretendió extinguir la acción penal, sino también a cientos, miles y decenas de miles de familiares de argentinos de bien que quieren que se haga justicia...". El profesor Luis Jiménez de Asúa cita dos conceptos sobre este tema, expuestos a su vez por Graven. Dijo lo siguiente: "Los crímenes contra la humanidad son tan antiguos como la humanidad. La concepción jurídica es, sin embargo, nueva, puesto que supone un estado de civilización capaz de reconocer leyes de la humanidad, los derechos del hombre o del ser humano como tal, el respeto al individuo y a las actividades humanas... Es importante que este Congreso nacional no reniegue de sus facultades... Nosotros tenemos una obligación ética irrenunciable: remover los obstáculos que hacen que en la Argentina no se puedan perseguir a aquellos que cometieron delitos de lesa humanidad..." (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación –12 Reunión– 4° Sesión Ordinaria (Especial) – agosto 12 de 2003).

En relación con la existencia o no de facultades del Congreso de la Nación para declarar la nulidad de las normas indicadas, la diputada Carrió, al referirse al control de constitucionalidad en el sistema argentino, y sin desconocer la facultad propia del Poder Judicial en la materia, sostuvo que "...La pregunta que queda pendiente es si los otros órganos del Estado controlan o no la constitucionalidad de las normas. Y claro que la controlan... Cuando nosotros estamos en una comisión del Congreso y vamos a sancionar una norma, hacemos análisis de constitucionalidad... Esto se llama control preventivo de constitucionalidad. También podemos derogar una norma tildada de inconstitucional... Lo que queda por saber es si el Poder Legislativo puede, cuando realiza el control de constitucionalidad de una norma declarar su nulidad... En principio no lo puede hacer salvo que la norma con la cual se confronta sancione bajo pena de nulidad... Si la violación de las normas que está analizando el Congreso, en este caso las leyes de punto final y obediencia debida, se refiere al artículo 29 de la Constitución Nacional y es el propio artículo 29 el que sanciona con nulidad absoluta e insanable todos los actos que se opongan, y si además le agregamos a la violación a dicho artículo otras supuestas con sanción de nulidad absoluta e insanable, como son los delitos de lesa

humanidad o la violación del derecho de gentes establecido en el artículo 118, la nulidad corresponde... cuando nosotros... declaramos la nulidad absoluta e insanable lo que hacemos es una declaración de invalidez por el órgano competente para dictar la norma, lo que es plenamente factible... Nadie puede desconocer como primer argumento central que este Congreso no tenga competencia. No tiene competencia para un caso concreto, y lo que nunca podría hacer este Parlamento es tomar una causa judicial y sancionar una ley que diga que para una determinada causa no se aplica la ley. Sí puede hacerlo como criterio general bajo estas condiciones: violación del artículo 29 de la Constitución nacional y del derecho de gentes. Este reconocimiento histórico que hoy hace el Congreso Nacional es el más importante de los últimos veinte años. Yo les quiero preguntar en el caso de que esto llegue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si van a catalogar de payasada el pronunciamiento... cuando muchas veces dicha Corte pidió que la legislación se adecuara al juzgamiento. Nosotros creemos que habrá efectos jurídicos: las causas deberán reabrirse... ¿Qué podría hacer un juez como último contralor de constitucionalidad de las leyes?... podría mantener que la declaración del Congreso es irrelevante; entonces declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida. En ese caso, la declaración del Congreso serviría como un argumento de hecho para sustentar la inconstitucionalidad de tales leyes en los foros internacionales... el magistrado podría declarar la constitucionalidad de nuestra ley y la inconstitucionalidad de las leyes... con lo cual se reabre el proceso... En realidad,... ni la instancia nacional ni la internacional va a poder borrar esta declaración...” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación –12 Reunión– 4° Sesión Ordinaria (Especial) – agosto 12 de 2003).

A su vez, la diputada Lubertino señaló que “También quiero recordar que la actual Constitución Nacional determina que los tratados elevados a rango constitucional son tales en las condiciones de su vigencia. Existe jurisprudencia de la Corte que analiza e interpreta que ‘en las condiciones de su vigencia’ significa ‘según la jurisprudencia de los organismos internacionales’. Por otro lado, reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, no sólo respecto de la Argentina sino también de otros países se refiere a la obligación de los tres poderes del Estado de avanzar en el sentido de garantizar el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad...” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados

de la Nación –12 Reunión– 4° Sesión Ordinaria (Especial) – agosto 12 de 2003).

En sentido similar el diputado Pernasetti, refiriéndose a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y usando tal argumento para sostener que aún sin la declaración de nulidad era viable institucionalmente discutir y juzgar en cada una de las causas los delitos aberrantes, manifestó "El artículo IV de la Convención que acabamos de aprobar con rango constitucional dice: 'Los Estados parte en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención, y en caso de que exista, sea abolida'. Estas son las razones por las cuales debemos introducir en el derecho positivo la norma que proponemos votar. Cabe aclarar que la irretroactividad de la ley penal es un principio básico asentado en el principio de legalidad, que establece que no hay pena sin ley. Por otra parte, el principio de la irretroactividad de la ley penal está en casi todos los pactos de derechos civiles y derechos humanos. Pero también debemos decir que el derecho internacional es claro al definir la naturaleza de la ley penal aplicable, ya se trate de legislación nacional como de derecho internacional. Entonces lo que vale son las excepciones que consagra el propio derecho internacional... entendemos que con la ratificación del tratado y la incorporación al derecho nacional de la iniciativa que seguidamente vamos a votar estamos abriendo realmente la puerta constitucional adecuada para el juzgamiento de todos estos delitos aberrantes" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación –12 Reunión– 4° Sesión Ordinaria (Especial) – agosto 12 de 2003).

Finalmente, el diputado Díaz Bancalari sostuvo que "No hay nada ni nadie que impida al Congreso de la Nación revisar sus propios actos: no hay nada ni nadie que impida a la Cámara de Diputados de la Nación declarar la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, porque fueron dictadas en violación a normas de la Constitución Nacional... el tiempo que es el juez implacable de los hombres, determinará si este proyecto y sus consecuencias fueron nada más que un intento por alcanzar la verdad y la justicia o si representaron el inicio del camino para su logro..." (Diario de Sesiones de la Cámara

de Diputados de la Nación –12 Reunión– 4° Sesión Ordinaria (Especial) – agosto 12 de 2003).

16) Que, por su parte, el debate en la Cámara de Senadores también resulta ilustrativo a los efectos de comprender la voluntad política del órgano legislativo al resolver sancionar la declaración de nulidad como un acto extremo y excepcional, pero, a su vez, consecuencia de la interpretación constitucional entendida como oportuna y adecuada. En tal sentido, el senador Busti manifestó que "...en caso de crímenes de lesa humanidad ningún Estado tiene el derecho de promulgar leyes que sirvan para violar los derechos humanos y que por el principio de no-retroactividad garantizarían la impunidad de los que adoptan esta ley. Un estado de derecho no es justificable dentro de sí mismo, sino solamente desde su fundación en el respeto por los derechos humanos..." y considerando la relación entre el tema en debate y la sanción de la Convención contra la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, agregó que "el otro significado es claramente jurídico: implica colocar las normas de la convención internacional que acabamos de sancionar en el punto más alto de la pirámide del derecho. Es decir, someter todas las normas del derecho positivo argentino a fin de evitar que contradigan o dificulten su operatividad plena... no creo que la declaración de nulidad de las leyes de impunidad sea una mera declaración o una expresión de deseos, públicos y políticos,... Es la voluntad del Congreso de la Nación de saldar una deuda del pasado con la justicia...". A su vez, el senador López Arias dijo que "esta nulidad, como mucho se ha sostenido aquí, no está basada en el artículo 29 de la Constitución Nacional, sino que en la ley de obediencia debida hay una clara invasión a poderes por cuanto el Poder Legislativo –que es el que tiene que dictar leyes generales– se atribuye prácticamente la facultad de conducir al Poder Judicial –que es un poder independiente– hacia la interpretación de hechos concretos. De esa manera se invade la facultad exclusiva y privativa del Poder Judicial... la vigencia de tratados internacionales y la obligatoriedad de su aplicación por parte de todos los poderes del Estado era algo sobre lo que no había dudas desde hacía mucho tiempo... la declaración de nulidad votada por este Congreso tiene una importancia como precedente realmente superlativa, que no va a poder ser desconocida en el futuro...". A su vez el senador Pichetto defendió la nulidad de las normas sosteniendo que "...es la manifestación de voluntad política de las dos cámaras del Congreso: una firme voluntad política, un mensaje que tiene como destinatario final al Poder Judicial. Porque de lo que se trata es de abrir caminos, de eliminar los

obstáculos... de que sean nuestros propios jueces los que lleven adelante el juzgamiento... Creo firmemente que los hechos cometidos por nacionales o por extranjeros en el territorio del país deben ser juzgados por jueces argentinos". El senador Cafiero consideró que "...desde el punto de vista del derecho de gentes, que es el que me preocupa, las leyes de punto final y obediencia debida... constituyen actos de violencia institucional que importaron renuncia a obligaciones indelegables e irrenunciables por parte del Estado, por lo que éticamente están fulminadas por insanable nulidad...". El senador Terragno interpretó el alcance de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad y entendió que "...el nudo de la cuestión se encuentra en un párrafo del artículo I cuando dice que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido... dicho artículo está estableciendo un principio excepcional..." y con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que "...en el caso Barrios Altos dijo que son inadmisibles las disposiciones de prescripción y el establecimiento de exclusiones de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. El otro punto en cuestión tiene que ver con el artículo IV [de la Convención citada]. Este establece que los Estados parte se obligan a adoptar –con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales– las medidas legislativas tendientes a que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por ley o de otro modo no se aplique a los crímenes de lesa humanidad y que, en caso de que exista, sea abolida... la nulidad pasa a ser la instrumentación de la Convención que hemos aprobado... Quienes sostienen que esto no puede interpretarse porque el artículo IV señala que ello debe hacerse con arreglo a los procedimientos constitucionales y no sería constitucional que se anulara una disposición por vía legislativa... están proponiéndonos una interpretación que es más violatoria todavía de la división de poderes ¿Por qué? Porque lo que están diciendo es que ese artículo señala que los Estados parte –o sea los respectivos poderes ejecutivos y legislativos, que son los que intervienen en la sanción, firma y aprobación de los convenios internacionales– se obligan por esta Convención a que los respectivos poderes judiciales declaren la nulidad. Esto es un contrasentido... yo creo que la remoción de los obstáculos a la punición de los crímenes de lesa humanidad es parte de la aplicación de la Convención que hemos votado...". La senadora Perceval manifestó que "...en primer lugar desde un punto de vista técnico jurídico... es plena competencia de este Parlamento decidir y por tanto disponer en todas las medidas y diligencias útiles a

fin de regular probables efectos de un texto legal que alguna vez tuvo vigencia. La declaración de nulidad de ambas leyes surge... de nuestra obligación de armonizar y adaptar nuestro derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos que tienen dentro de nuestro sistema normativo jerarquía constitucional. Para decirlo de otra manera: a la obligación de atender la necesidad que una Nación tenga un sistema jurídico coherente... En ese mismo orden de cosas el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos con jurisdicción en la República Argentina han declarado que las amnistías y otras medidas que permiten que los responsables de violaciones de derechos humanos no sean castigados son incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. Con los efectos legales de las llamadas 'leyes del perdón' nuestro Estado se encuentra en alto riesgo de infracción respecto de las cláusulas contenidas en distintos tratados internacionales. Veamos ahora la letra de la Constitución Nacional. Para comenzar ninguna ley de nuestra Nación puede a tenor de las previsiones contenidas en el artículo 28 de nuestra Carta Magna alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la parte dogmática de la misma... Nuestra obligación hoy quizás sea proporcionar un sistema normativo que permita leer a un derecho objetivo que no contenga contradicciones entre las leyes que lo integran... Este Senado no se está adjudicando ni facultades ni funciones que no le competen. Estamos interpretando una voluntad social mayoritaria y acompañando... a crear el marco político institucional que fortalezca los avances judiciales para el total esclarecimiento de una etapa signa por el terrorismo de Estado..." (Cámara de Senadores de la Nación, 17 Reunión, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, versión taquigráfica).

17) Que la reseña efectuada permite vislumbrar la complejidad del debate y, en la trama de argumentos enunciados, destacar aquello que parece ser el núcleo fuerte de la cuestión al tiempo de tener que considerar si la declaración de nulidad insanable ha excedido el marco de facultades del Congreso de la Nación. A tales efectos, lo primero que debe ser destacado es la permanente alusión a las diferencias sustantivas entre la función legislativa y la función judicial a la luz del principio de división de poderes. Ello así, el Poder Legislativo reconoce expresamente que será el Poder Judicial el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes impugnadas. Sin perjuicio de ello, la vinculación constitucional alcanza a todos los poderes constituidos y, bajo tal principio, sin duda el Poder Legis-

lativo en su condición de órgano representativo de la voluntad popular en el contexto de un Estado constitucional de derecho, es el primer obligado a dar cuenta del grado de adecuación de su accionar en los términos del mandato constitucional. En tal sentido el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, al reconocer jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias y no sólo al Poder Judicial, a las condiciones para hacer posible la plena vigencia de los derechos fundamentales protegidos.

18) Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994 (CIDH serie A) Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ha establecido que "Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades Greco – Búlgaras (1930). Serie B, N° 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Serie A/B, N° 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Serie A/B, N° 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988) 12 a 31-2, párr. 47). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969" (punto III.35 de la Opinión Consultiva citada). En línea con los principios generales expuestos también entendió que "Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención..." (punto III.37 de la Opinión consultiva citada). Por ello, concluye que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado" (punto III.50 de la Opinión Consultiva citada). Asimismo, en cuanto a

las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que den cumplimiento a una ley violatoria de la convención, dispone que "...actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye justificación desde el punto de vista del derecho internacional..." (punto IV; 53 y 54 de la Opinión consultiva citada).

19) Que, en razón de lo expuesto y por aplicación del art. 75, inc. 22, adquiere especial relevancia para el análisis de la decisión legislativa tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: "...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas... impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos..., incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los

Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente...". Tales conclusiones la conducen a sostener que "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana...". A su vez ratifica que "...el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención" (CIDH Caso Barrios Altos, serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001, cap. VII Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención, párr. 41/44 y 48).

En oportunidad de proceder a aclarar los alcances de la sentencia citada, el Tribunal Internacional precisó que "...En cuanto al deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías... En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana

establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención [confr. Caso "*La Ultima Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85-87; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 137; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207]. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26.479 y No. 26.492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión..." (CIDH Caso Barrios Altos, serie C N° 83, sentencia del 3 de septiembre de 2001, Interpretación de la sentencia de fondo, párr. 16/18).

20) Que esta Corte ha sostenido que "la plenitud del estado de derecho... no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos. El verdadero valor del derecho, dice R. Von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... los otros poderes del Gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución –que tanto vale como su propia razón de ser– integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de 'afianzar la justicia'" (Fallos: 300:1282) y respecto del alcance y sentido del principio preambular citado ha considerado que se trata "de un propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plan-

tean en el seno de la comunidad... la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial...” (Fallos: 302:1284).

En tal sentido, Domingo Faustino Sarmiento ha sostenido que “No es tanto el texto de las constituciones políticas lo que hace la regla de los poderes públicos, como los derechos de antemano conquistados y las prácticas establecidas...”, lo que lo lleva a sostener que “Para el ejercicio de una constitución cualquiera, no hay sino dos personajes de por medio: el mandatario y el ciudadano; los dos optísimos para instruirse, y saber si está o no en los términos de la constitución el intento sostenido por cada uno...”. Y al referirse al Preámbulo manifiesta “...es no sólo parte de la ley fundamental, sino también la pauta y piedra de toque, para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptados las subsiguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción...”, y citando al juez Story recuerda que “el preámbulo de un estatuto es la llave para entrar en la mente del legislador, en cuanto a los males que requieren remedio y a los objetos que han de alcanzarse mediante la disposición del estatuto...” sin que ello importe que sea citado “para ensanchar los poderes confiados al gobierno general..., ni puede por implicancia, extender los poderes dados expresamente... Su verdadera función es explicar la naturaleza, extensión y aplicación de los poderes que la constitución confiere, sin crearlos en su esencia...” (Obras Completas de Sarmiento, VIII Comentarios de la Constitución, Ed. Luz del Día, Buenos Aires, 1948, Prólogo, pág. 27 y Capítulo I, El Preámbulo, págs. 50/54).

Las consideraciones precedentes conducen a la conclusión de aquello que adelantamos al comienzo en el sentido de reconocer que el texto constitucional y su interpretación y acatamiento no es patrimonio exclusivo del Poder Judicial, dentro del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin duda es el intérprete último en el caso concreto pero no el único cuando se trata de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al mandato constituyente. En el ámbito del Poder Legislativo las directrices del Preámbulo, en los términos expuestos, y la disposición del art. 75, inc. 32 de la Constitución Nacional, en cuanto refiere a la facultad del Congreso a hacer todas las leyes y reglamentos para poner en ejercicio no sólo los poderes que dicha norma le atribuye sino todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina, otorgan un marco adecua-

do de habilitación para que en la materia que nos ocupa el Congreso de la Nación se sienta obligado a dar una respuesta legislativa excepcional para satisfacer desde lo institucional las consecuencias que nacen de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y con el fin preciso de proteger al Estado argentino de eventuales responsabilidades en el orden internacional.

21) Que, en consecuencia, la declaración de nulidad de las leyes 23.521 y 23.492 (Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final) encuentra sustento en la interpretación de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que ha efectuado el Congreso de la Nación al tiempo de debatir el alcance de sus facultades ante una situación excepcional. En efecto, en su condición de poder constituido alcanzado por las obligaciones nacidas a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional en la materia, estando en juego la eventual responsabilidad del Estado argentino y con el fin último de dar vigencia efectiva a la Constitución Nacional, ha considerado oportuno asumir la responsabilidad institucional de remover los obstáculos para hacer posible la justiciabilidad plena en materia de delitos de lesa humanidad, preservando para el Poder Judicial el conocimiento de los casos concretos y los eventuales efectos de la ley sancionada.

22) Que en la cuestión *sub examine*, y por los argumentos precedentemente desarrollados, tiene especial aplicación la doctrina según la cual los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad. Por tal razón ha sido doctrina reiterada de esta Corte entender que las leyes deben ser interpretadas de la manera “que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental...” (Fallos: 200:180 y sus citas, entre otros). Consecuencia del principio enunciado es que “cuando las previsiones legales son lo suficientemente amplias como para abarcar ciertas materias que están dentro del legítimo ámbito de la competencia del congreso y otras que escapan a él, los jueces, a fin de permitir la vigen-

cia y asegurar la validez de la ley, deben interpretarla restrictivamente, aplicándola sólo a las materias comprendidas dentro de la esfera que es propia del Poder Legislativo siempre que la norma interpretada lo consienta... En otras palabras: toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicamente posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye (Fallos: 247:387 y sus citas). Y ello ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido "que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales..." (Fallos: 264:94 y sus citas, entre muchos otros). Por lo expuesto, es doctrina reiterada de la Corte que "la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una *ultima ratio* de orden jurídico (Fallos: 249:51 y sus citas, entre muchos otros).

II. EXAMEN DE LAS LEYES.

23) Que la ley 23.492, conocida como ley de punto final, introdujo una cláusula especial de extinción de la acción penal por la presunta participación en cualquier grado en los delitos previstos en el art. 10 de la ley 23.049.

El texto es el siguiente: art. 1° "*Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley*".

Al poco tiempo, 4 de junio de 1987 fue aprobada, la ley 23.521, conocida como Ley de Obediencia Debida. El art. 1° establecía que: "*Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.*

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes".

24) Que, así la ley de obediencia debida estableció como presunción *iuris et de iure* que quienes a la fecha de comisión del hecho ilícito hubieran revestido como oficiales, suboficiales y/o personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales o Penitenciarias, no eran punibles por los delitos indicados en el art. 10 de la ley 23.049 entendiendo que los autores habrían obrado en virtud de obediencia debida.

La mencionada ley fue impugnada de inconstitucional, ante diferentes tribunales federales del país, y planteada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien en el año 1987, en la causa "Camps" (Fallos: 310:1162), declaró la validez constitucional de la ley 23.521, constitucionalidad luego convalidada en precedentes posteriores, así como la de la ley de punto final (Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros).

25) Que el juez Bacqué, votó en disidencia en dicha causa al declarar la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida. En lo que respecta al art. 1° de la ley 23.521 consideró que establecer sin admitir prueba en contrario que las personas mencionadas en ella actuaron en un estado de coerción y en la imposibilidad de inspeccionar las órdenes recibidas, vedaba a los jueces de la Constitución toda posibilidad de acreditar si las circunstancias fácticas mencionadas por la ley (estado de coerción e imposibilidad de revisar órdenes) existían, conculcando el principio de división de poderes pues, el Congreso carecía de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una "causa" o "controversia" preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad de resolver definitivamente respecto de las "causas" o "controversias" mencionadas. Por ello, entendió difícil encontrar una violación más evidente de principios fundamentales que la ley 23.521, toda vez que en cualquier disposición que inhabilite al Poder Judicial para cumplir con su obligación constitucional de juzgar significa, además de un desconocimiento de la garantía individual

de ocurrir ante los tribunales, una manifiesta invasión en las prerrogativas exclusivas del Poder Judicial.

Fue concluyente en señalar que el art. 1° de la ley 23.521 era contrario también a la garantía del debido proceso que asegura la defensa en juicio de la persona y de los derechos, a través del dictado de una resolución judicial (arts. 1°, 94, 95 y 100, en su anterior redacción, de la Constitución Nacional).

Señaló que aún en la hipótesis que la disposición examinada fuera considerada como una ley de amnistía, ningún efecto tenía para borrar su invalidez respecto a delitos como la tortura. Recordó que una larga tradición histórica y jurisprudencial ha considerado que la finalidad primordial de la amnistía alcanza sólo a los delitos políticos, en consecuencia quedaban excluidos de sus beneficios los delitos de características atroces.

Señaló que el deber de obedecer a un superior no es extensible a hechos de ilegalidad manifiesta y menos aún a conductas aberrantes. Recordó que ya el derecho romano excluía de toda excusa a la obediencia debida frente a hechos atroces, y que son muchos los textos, cuya redacción definitiva proviene del período post-clásico o Justiniano, que limitaban la obediencia debida a los delitos *quae non habent atrocitatem facinoris*, lo cual podía traducirse, en el sentido de hechos que carezcan de la atrocidad correspondiente al delito grave (con cita de Digesto, Ley 43, Libro 24, Título II, pr. 7; Digesto, Libro 44, Título 7, pr. 20. Digesto, Libro 50, Título 17, pr. 157, entre otros). Recuerda que a partir de tales fuentes los glosadores y post glosadores –Baldo, Accursio, Bártolo, Odofredo– negaron a los delitos gravísimos el deber de obediencia por parte de los subordinados. Por otra parte tales soluciones no sólo alcanzaban a la obediencia doméstica del siervo y del *filuis familiae*, sino que se extendían a la obediencia a los magistrados.

Respecto a las órdenes impartidas en la esfera de la función, recuerda a Odofredo para quien, existía la obligación de obedecer el mandato ilegítimo, excepto que el hecho ordenado fuera atroz. De este modo la atrocidad del hecho aparecía como indicador del conocimiento de ilicitud que, entonces, no puede ignorar el subordinado.

Así, por ese camino se llega a la opinión de Gandino, en el cual ya no se menciona el carácter atroz del hecho, sino si el mandato, está abiertamente contra la ley o es dudoso. Por su parte Grocio, siguiendo

la tradición de la filosofía clásica, estima que si existiendo duda no resulta, empero, posible la abstención de todo actuar, es preciso inclinarse por lo que aparezca como el mal menor, y en el caso de la guerra, la desobediencia constituye el mal menor frente al homicidio, sobre todo de un gran número de inocentes.

En cuanto al derecho canónico –parafrasea a San Agustín– aun en el campo militar, es obligatorio desobedecer a las órdenes contrarias a la ley divina. En sentido coincidente la Constitución *Gaudiun et spes* del Concilio Vaticano II, N° 79, luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y sus principios fundamentales, señala que los actos que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan (con cita de "Documentos de Vaticano II", B.A.C. Madrid. MCMLXXII, pág. 282).

Señala que los lineamientos de la escolástica cristiana y de la tradición jurídica formada a su amparo, han sido prolongados en el derecho penal liberal, acentuando el nivel de la propia responsabilidad en la obediencia, inclusive la militar, declarando punibles los delitos cometidos por el mandato superior, siempre que la ilegitimidad de éste fuera por completo manifiesta, criterio seguido por las constituciones de fines del siglo XIX, y principios que se mantienen vigentes hasta la era contemporánea (considerando 34).

Agregó que el art. 18 de la Constitución Nacional al establecer que: "...*Quedan abolidos para siempre... toda especie de tormento y los azotes*...", constituía una valla infranqueable para la validez de la ley bajo examen pues "...este mandato constitucional forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura".

26) Que el suscripto comparte y hace suyas las enjundiosas consideraciones del juez Bacqué en la causa "Camps", que lo llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la ley de la obediencia debida, con sustento en que las presunciones *iuris et de iure* por ella establecidas implicaron la invasión por parte del Poder Legislativo de funciones propias del Poder Judicial (art. 116 de la Constitución Nacional).

Del mismo modo, en cuanto señaló que el art. 18 al abolir cualquier clase de tormentos impedía el dictado de tal norma respecto de

delitos graves y aberrantes; y así como que esa ley vulneraba el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional).

En efecto, su sanción implicó dejar sin protección bienes jurídicos elementales de determinados habitantes, como la vida y la libertad, a diferencia de los bienes jurídicos del resto de la población, quedando sin castigo la muerte y otros delitos contra miles de individuos en un período de tiempo cierto –desde 1976 a 1983– construyendo así una especial categoría de personas que no tenían derecho a la protección del más sagrado de los bienes como la vida humana.

27) Que, en cuanto a la ley 23.492, conocida como de Punto Final, no hay dudas que debe ser considerada una ley de amnistía encubierta, no sólo por el fin para "consolidación de la paz social y reconciliación nacional" invocado por el P.E.N. para sancionarla, sino por cuanto por otras características la alejan claramente del instituto de prescripción y la asimilan a una amnistía.

En efecto, la extinción de la acción penal prevista en la ley 23.492 estaba condicionada a que algo no ocurriera dentro de cierto plazo (el procesamiento en un caso, la citación a indagatoria en otro), si tal circunstancia ocurría, el hecho quedaba regido por el mismo sistema normativo que habría tenido si la ley no hubiera sido sancionada. Pero si se cumplía la condición negativa de no ser procesado o citado a prestar declaración indagatoria durante el plazo de 60 días, la acción penal quedaba extinguida. De esta manera la ley quedó limitada para hechos del pasado no aplicable a casos futuros, lo que la pone dentro del ámbito de la amnistía.

28) Que, por otra parte, el exiguo plazo de prescripción, más que reflejar la pérdida del interés social por el paso del tiempo –objetivo fundamental de la prescripción–, o la imposibilidad material de colectar pruebas, tendió a impedir la persecución de delitos respecto de los cuales no había disminuido el interés social, sino que, por el contrario se había acrecentado.

Además el plazo de sesenta días, irrazonablemente se apartó del principio de proporcionalidad que rige al instituto de la prescripción, en cuanto a que corresponde mayor plazo cuanto más grave es el delito (art. 62 Código Penal). Alejándose del criterio de otros países, que ante hechos similares –cometidos por el aparato estatal– tendieron a ampliarlos para hacer materialmente asequible la investigación (Tri-

bunal Europeo de Derechos Humanos, Caso K. – H.W vs. Alemania, parágraf. 111, sentencia del 22 de marzo de 2001).

29) Que, además, las leyes 23.492 y 23.521, por otra parte, desconocieron todo rol a las víctimas y a sus familiares de acudir a los tribunales a solicitar el esclarecimiento y sanción penal de los responsables. Eso los obligó a conformarse con caminos alternativos, como buscar el reconocimiento del derecho "a la verdad", a la identificación de cadáveres, indemnizaciones, pero se les desconoció toda legitimidad para reclamar judicialmente sanciones penales a los responsables, pese a ser los afectados directos.

III. EL MARCO DE ANALISIS GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

30) Que este análisis de las mencionadas normas pone en evidencia que con ellas se ha pretendido liberar de responsabilidad a quienes cometieron los delitos previstos en el art. 10 de la ley 23.049 entre los cuales se encuentra, como en el caso, la desaparición forzada de personas, a pesar de que tales actos han sido analizados en la causa y calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurriría materialmente con tormentos graves por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos en dos oportunidades en concurso real entre sí (conf. decisión del juez de primera instancia confirmada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Capital Federal). Por ello, corresponde examinar si es posible en el marco general de la protección de los derechos humanos vigente en la comunidad universal convalidar leyes que protegen la comisión de tal tipo de actos.

31) Que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma –el modelo de Wesfalia– difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional –histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica– por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es

un simple *pactum asociationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías: la ley del más débil, Madrid, Ed. Trota, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, International Law in American Courts: A Modest Proposal, 100 The Yale Law Journal, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, serie A N° 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

32) Que desde esta perspectiva de la protección de los derechos humanos, el primer parágrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos –del 10 de diciembre de 1948– ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el art. 1 dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la Declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades y en su art. 56 prescribe que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463).

33) Que estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de

las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, Etica y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24). El sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha constituido con un objetivo claro que va más allá de las diversas pretensiones de fundamentación para la punición contra crímenes aberrantes y que afectan la misma condición humana. Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view, 93 American Journal of International Law 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

34) Que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado (ver sentencia del caso Velásquez Rodríguez, serie C N° 4, del 29 de julio de 1988, párrafo 165) que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene límites dados por los derechos humanos que son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La Comisión Interamericana recordó que en otra ocasión había puntualizado que “la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión ‘leyes’ en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párr. 21)”, aspectos que

también fueron considerados por la Corte Interamericana en la sentencia Castillo Petruzzi, Serie C N° 52, del 30 de mayo de 1999).

IV. EL SOSTENIMIENTO HISTORICO Y CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE GENTES.

35) Que este sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del derecho internacional y que –de algún modo– lo trascienden pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger independientemente de su tipificación positiva. **El estudio del recurso extraordinario planteado por la querella se enhebra con estos presupuestos básicos que, en el actual estado del desarrollo de la ciencia jurídica, influyen** en la actuación misma de esta Corte a la hora de considerar el ámbito de su competencia para decidir respecto de un crimen de lesa humanidad.

36) Que corresponde señalar que desde comienzos de la Edad Moderna se admitían una serie de deberes de los estados en sus tratos que eran reconocidos por las naciones civilizadas como postulados básicos sobre los cuales debían desarrollarse las relaciones internacionales, sin perjuicio de la observación del derecho de gentes que corresponde a cada una de las naciones en su interior (*iure gentium... intra se*) (Francisco Suárez, Las Leyes –*De Legibus*–, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, pág. 190, II, c. 19, N° 8; también citado por John P. Doyle, Francisco Suárez on The Law of Nations, en Religion and International Law (Mark W. Janis y Carolyn Evans eds.), La Haya, Martinus Nijhoff Publications, 1999, pág. 110 y nota 105 y Johanes Messner, Etica social, política y económica a la luz del derecho natural, Madrid, Rialp, 1967, pág. 442 y nota 202). Se trataba, en el léxico de aquel tiempo, de probar –mediante un método *a posteriori*– el derecho natural que debía regir entre las naciones que se hallaban, con cierto grado de probabilidad, entre las más civilizadas en el orden jurídico universal (Grocio, Le droit de la guerre et de la paix, Paris, Guillaumin, 1867, Tomo I, L. I. Cap. I. parr. XII, pág. 87 y Michael P. Zuckert, Natural Rights and the New Republicanism, Princeton, Princeton University Press, 1998), pauta sostenida en los principios fundamentales de justicia que no pueden quedar restringidos solamente a las leyes de la guerra (Juicio de Wilhelm List y otros, Tribu-

nal Militar de los Estados Unidos en Nüremberg, United Nations War Crimes Comission, Law Reports of Trials on War Criminals, vol. VIII, 1949, pág. 49).

37) Que el derecho de gentes importaba un sistema complejo estructurado a partir de principios generales del derecho y de justicia, igualmente adaptable para el gobierno de los individuos en un estado de igualdad natural, y para las relaciones y conductas entre las naciones, basado en una colección de usos y costumbres, en el crecimiento de la civilización y del comercio y en un código de leyes convencionales y positivas. Dicho concepto suponía una suerte de moralidad básica a la que debía atarse la conducta de las naciones entre sí y con relación a sus habitantes que se estructuraba en un ordenamiento jurídico y ético que iba más allá de los sistemas internos positivos entonces existentes. Los elementos obligatorios del derecho de gentes no podían ser violados por la legislación positiva, eran vinculantes para todos, las legislaturas no debían prevalecer sobre ellos y el orden jurídico se entendía como declarativo de tales derechos preexistentes (Emerich de Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains, París, Guillaumin –ed. orig. 1758– 1863, t. I, LXVIII, y Steward Jay, Status of the Law of Nations in Early American Law, 42 Vanderbilt Law Review 1989, 819, 827). En este sentido, George Nichols señalaba en la convención ratificatoria del estado de Virginia que el derecho de gentes (*law of nations*) no había sido decretado por ninguna nación en particular; que no había algo así como un particular derecho de gentes, sino que el derecho de gentes era permanente y general. Era superior a cualquier acto o ley de cualquier nación; implicaba el consentimiento de todas ellas, y era mutuamente vinculante con todas, entendiéndose que era para común beneficio de todas (The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, editado por Jonathan Elliot, Filadelfia, J.B. Lippincott Company, 1901, t. III, pág. 502).

38) Que la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118) en cuanto dispone que todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Con-

greso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

39) Que la vinculación con tales principios implica, como se advierte, la continuación de una tradición jurídica sustancial que ha sido conformadora del moderno sistema de derecho internacional. Se trata de una copia casi textual del art. 117 de la Constitución de Venezuela que también se refería al derecho de gentes en el art. 71. Asimismo, los Estados Unidos de América habían reconocido la importancia de ese tipo de reclamos en la *Alien Tort Claims Act* que integraba la *Judiciary Act* de 1789 (capit. 20, parr. 9, b) y en el art. III, secc. 2ª, parr. 3, de la constitución norteamericana. También era compartida esta visión por el principal doctrinario del *common law* en el siglo XVIII en cuanto sostenía que "el derecho de las naciones es un sistema de reglas, deducible por la razón natural, y establecido por consentimiento universal entre los habitantes civilizados de la tierra; para decidir todas las disputas, regular todas las ceremonias y protocolos, y para asegurar la observancia de la justicia y de la buena fe en aquel trato que debe frecuentemente suceder entre dos o más estados independientes y los individuos pertenecientes a cada uno de ellos" (Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Chicago, Callaghan, 1899, T. I –correspondiente al libro IV– pág. 1262).

40) Que la especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 –derivada en este segmento del proyecto de Gorostiaga– no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho (ver en tal sentido Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, Commentaries on American Law, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX).

41) Que, en estos casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas –sometidas a persecuciones provenientes de

una organización criminal sustentada en la estructura estatal– corresponde atender a una interpretación dinámica de dicha cláusula constitucional para responder –en el estado de avance cultural actual– a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el derecho de gentes (conf. arg. Fallos: 322:2735, considerandos 6° y 9° y 315:952, considerando 3°). A la luz de lo expresado, corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación correspondiente por los tribunales respecto a los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción. Por consiguiente, a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial.

42) Que la existencia de esta regla de conducta entre las naciones y la conformación de un derecho de gentes aplicable también para la protección de los derechos humanos individuales se vislumbra en Juan B. Alberdi en cuanto señalaba que “el derecho internacional de la guerra como el de la paz, no es... el derecho de los beligerantes; sino el derecho común y general del mundo no beligerante, con respecto a ese desorden que se llama la guerra, y a esos culpables, que se llaman beligerantes; como el derecho penal ordinario no es el derecho de los delincuentes, sino el derecho de la sociedad contra los delincuentes que la ofenden en la persona de uno de sus miembros. Si la soberanía del género humano no tiene un brazo y un poder constituido para ejercer y aplicar su derecho a los Estados culpables que la ofenden en la persona de uno de sus miembros, no por eso deja ella de ser una voluntad viva y palpitante, como la soberanía del pueblo que ha existido como derecho humano antes que ningún pueblo la hubiese proclamado, constituido y ejercido por leyes expresas” (Juan B. Alberdi, El crimen de la guerra, cap. II, N° IX pub. en Obras Selectas –edición de Joaquín V. González–, Buenos Aires, Lib. La Facultad, 1920, T. XVI, pág. 48). Asimismo Alberdi hacía hincapié en la necesaria vinculación entre el derecho interno y las normas del derecho internacional humanitario en cuanto puntualizaba que “el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que repose en otras bases que las del derecho interno de cada Estado. Pero la organización del derecho interno de un Estado es el resultado de la existencia de ese Estado, es decir, de una sociedad de hombres gobernados por una le-

gislación y un gobierno común, que son su obra. Es preciso que las naciones de que se compone la Humanidad formen una especie de sociedad o de unidad, para que esa unión se haga capaz de una legislación o de un gobierno más o menos común" (ob. cit. pág. 190).

43) Que, asimismo, este Tribunal ha reconocido en diversas ocasiones la importancia de esta incorporación del derecho de gentes al sistema institucional de nuestro país que no queda limitado, pues, a la exclusiva consideración de las normas locales y que se encuentra, por el contrario, interrelacionado con este sistema de convivencia general de las naciones entre sí que supone, en definitiva, la protección de derechos humanos básicos contra delitos que agravian a todo el género humano. Importaba, en resumidas cuentas, el reconocimiento declarativo de la existencia de ese conjunto de valores superiores a las que debían subordinarse las naciones por su mera incorporación a la comunidad internacional (ver, en diversos contextos, los precedentes de Fallos: 2:46; 19:108; 62:60; 98:338; 107:395; 194:415; 211:162; 238:198; 240:93; 244:255; 281:69; 284:28; 311:327; 312:197; 316:965; 318:108; 319:2886; 322:1905; 323:2418; 324:2885).

V. SOBRE LA EVOLUCION DEL DERECHO DE GENTES, LA ACEPTACION DEL *IUS COGENS* Y LAS OBLIGACIONES QUE DE EL EMERGEN.

44) Que, por otro lado, el derecho de gentes se encuentra sujeto a una evolución que condujo a un doble proceso de reconocimiento expreso y de determinación de diversos derechos inherentes a la dignidad humana que deben ser tutelados de acuerdo con el progreso de las relaciones entre los estados. Desde esta perspectiva se advierte que los crímenes del derecho de gentes se han modificado en número y en sus características a través de un paulatino proceso de precisión que se ha configurado por decisiones de tribunales nacionales, por tratados internacionales, por el derecho consuetudinario, por las opiniones de los juristas más relevantes y por el reconocimiento de un conjunto de normas imperativas para los gobernantes de todas las naciones; aspectos todos ellos que esta Corte no puede desconocer en el actual estado de desarrollo de la comunidad internacional.

45) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía –al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente

causa– un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente –dentro de este proceso evolutivo– como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción –desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX– en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas.

46) Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ver informe N° 62/02, caso 12.285 Michael Domíngues v. Estados Unidos del 22 de octubre de 2002) ha definido el concepto de *ius cogens* en el sentido de que deriva de conceptos jurídicos antiguos de "un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y "como normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como para proteger la moral pública en ellas reconocidas". Su principal característica distintiva es su "relativa indelebilidad", por constituir normas del derecho consuetudinario internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. Se considera que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y obligan –a diferencia del derecho consuetudinario tradicional– a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia (párrafo 49, con cita de CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párrafo 5).

47) Que antes de la comisión de los delitos investigados ya la discusión entre reconocidos publicistas respecto al carácter obligatorio del *ius cogens* había concluido con la transformación en derecho positivo por obra de la Conferencia codificadora de Viena, reunida en 1968 en primera sesión (conf. el artículo contemporáneo a tales debates de Pedro Antonio Ferrer Sanchís, Los conceptos "*ius cogens*" y "*ius dispositivum*" y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en Revista Española de Derecho Internacional, segunda época, vol. XXI, N° 4, octubre-diciembre 1968, 763, 777). En efecto, la unánime aceptación del *ius cogens* es evidenciado en la Conferencia de las Naciones

Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 26 de marzo al 29 de mayo de 1968, U.N. Doc. A/Conf. 39/11 (conf. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, 2a. ed., La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág, 217, nota 131). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada el 23 de mayo de 1969 (ratificada por la ley 19.865) dispone en el art. 53 –cuyo título es "Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)"– que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Estas normas del *ius cogens*, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional –creada en cumplimiento de la resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Nacionales Unidas del 21 de noviembre de 1947)– ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime a ese texto es índice de que las normas imperativas de derecho internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Julio Angel Juncal, La norma imperativa de derecho internacional general ("*ius cogens*"): los criterios para juzgar de su existencia, en La Ley 132-1200; 1968) y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo.

48) Que esta doctrina relacionada con obligaciones internacionales de un rango superior que prevalecen sobre las normas legales nacionales existía ya antes de la Segunda Guerra Mundial y posteriormente recibió el apoyo de diversos publicistas de derecho internacional en el sentido de que la prohibición de ciertos crímenes internacionales reviste el carácter de *ius cogens* de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho (Arnold D. MCNair, The law of Treaties, 213-24, 1951 y Gerald Fitzmaurice, The General Principles of International Law

Considered from the Standpoint of the Rule of Law, 92 Recueil des Cours de l'Academie de La Haye 1, 1957; citados por M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, pág. 218 y Karen Parker y Lyn Beth Neylon, *jus cogens*: Compelling the Law of Human Rights, 12 Hastings International and Comparative Law Review, 411; 1989).

49) Que el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (M. Cherif Bassiouni, International Crimes: Jus cogens and Obligatio Erga Omnes, 59 Law and Contemporary Problems, 56; 1996; Antonio Cassese, International Law, Londres, Oxford University Press, reimp. 2002, págs. 138 y 370, y Zephyr Rain Teachout, Defining and Punishing Abroad: Constitutional limits of the extraterritorial reach of the Offenses Clause, 48 Duke Law Journal, 1305, 1309; 1999).

El castigo a ese tipo de crímenes proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la tipicidad y la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva que asegura tanto el deber de punición que le corresponde al Estado Nacional por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible el castigo de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

VI. SOBRE LAS FUENTES DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD.

50) Que resulta pues necesario determinar cuáles son las fuentes del derecho internacional para verificar si los delitos denunciados en

la causa revisten el carácter de delitos de lesa humanidad para examinar el alcance del deber de punición que corresponde en estos casos respecto de los acusados y si revisten el carácter de imprescriptibles de los delitos a los que se dirige el objetivo de ese acuerdo entre dos o más personas.

51) Que para el conocimiento de las fuentes de este derecho internacional debe atenderse fundamentalmente a lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece en su art. 38 que "esta Corte, cuya función es decidir de acuerdo con el derecho internacional aquellas disputas que le sean sometidas, aplicará:

a. Las convenciones internacionales, generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los estados en disputa;

b. La costumbre internacional, como evidencia de la práctica general aceptada como derecho;

c. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. Con sujeción a las disposiciones del art. 49, las decisiones judiciales de los publicistas más altamente cualificados de varias naciones, como instrumentos subsidiarios para la determinación de las reglas del derecho".

52) Que los crímenes contra la humanidad habían sido considerados ya en el Prólogo a la Convención de La Haya de 1907 en cuanto se señalaba que hasta que se haya creado un más completo código de leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, los habitantes y beligerantes quedan bajo la protección y la regla de los principios del derecho de las naciones (*law of nations*), como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública (un lenguaje similar había sido usado en el punto 9 del preámbulo de la Convención de la Haya de 1899 y posteriormente fue utilizado en los Protocolos I y II de 1977 de la Cuarta Convención de Ginebra).

53) Que el art. 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo –según la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945–

definía como crímenes contra la humanidad al homicidio, exterminación, esclavización, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sea o no en violación del derecho doméstico del país en que hayan sido perpetrados.

54) Que las conductas consideradas en las leyes impugnadas se refieren a los denominados crímenes contra la humanidad "cuyo presupuesto básico común –aunque no exclusivo– es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción". Tales delitos se los reputa como cometidos "...contra el 'derecho de gentes' que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales" (considerandos 31 y 32 del voto del juez Bossert en Fallos: 318:2148).

55) Que la falta de un aparato organizado de punición respecto de los estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden, de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables. La protección de tales derechos humanos –y el establecimiento de la Carta misma– supone la inexistencia de mecanismos suficientes para proteger los derechos de los habitantes de la comunidad universal.

56) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados nacionales sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional (conf. arg. Fallos: 318:2148, considerando 4°), lo que pone en evidencia que sea plenamente aplicable el sistema de fuentes del derecho propio de aquéllos.

57) Que, de acuerdo con lo expresado, las fuentes del derecho internacional imperativo consideran como aberrantes la ejecución de

cierta clase de actos y sostienen que, por ello, esas actividades deben considerarse incluidas dentro del marco normativo que procura la persecución de aquellos que cometieron esos delitos. Es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados un orden normativo –formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional– que consideraba inadmisible la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes.

VII. SOBRE EL DEBER DE PUNICION DEL ESTADO.

58) Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer "es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía con el Poder Ejecutivo... La historia nacional y universal ha probado que cuando los estados nacionales violan los derechos humanos, esto sólo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos. Los derechos consagrados internamente se convierten en letra muerta cuando el Estado nacional decide no cumplirlos" (Convencional Alicia Oliveira en la 22ª Reunión, 3ª. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861); (conf. considerando 11 de la disidencia del juez Maqueda respecto de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantos en la Resolución/2003 Expte. 1307/2003, Administración General del 21 de agosto de 2003).

59) Que el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Asimismo, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho 'a un recurso efectivo', ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley" (en similar sentido el art. 2.2. y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), (ver en tal sentido lo señalado por la Comisión Interamericana en Monseñor Oscar Romero, caso 11.481).

60) Que de lo expresado resulta que se ha conformado un sistema de protección de los derechos humanos que tiene dos facetas.

En primer lugar, la profundización de una incorporación al orden positivo de los derechos humanos que venía desarrollándose desde fines de la Segunda Guerra Mundial. El reconocimiento de tales derechos fue precisado mediante la Convención Constituyente de 1994 por la incorporación de tales tratados que establecían de un modo inequívoco lo que ya era reconocido por el derecho de gentes incorporado por el entonces art. 102 de la Constitución Nacional (hoy art. 118). Por otra parte, ambos pactos establecían el derecho de los afectados en sus derechos humanos a lograr el acceso a la justicia mediante un sistema de recursos en el orden nacional y con la conformación de un tribunal internacional destinado, precisamente, a reparar los incumplimientos de los estados miembros respecto a la tutela de los derechos humanos y a la reparación de los daños causados por su violación en el ámbito interno.

61) Que la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras en el sentido de aceptar –como principio ya existente en ese momento– la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ya se encontraban vigentes al momento de la sanción de las leyes 23.492 y 23.521–. Correlativamente la negativa a la prosecución de las accio-

nes penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La incorporación de estos derechos al derecho positivo universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las subsecuentes convenciones de protección de diversos derechos humanos han supuesto el reconocimiento de este carácter esencial de protección de la dignidad humana.

62) Que al momento de la sanción de las mencionadas leyes existía **un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional** que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, **un sistema internacional imperativo** que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, **un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1° de marzo de 1984 por ley 23.054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Esas dos fuentes consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de la conducta examinada y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado.

63) Que la no punición se enfrenta, además, con el derecho de las víctimas o de los damnificados indirectos a lograr la efectiva persecución penal de los delitos de lesa humanidad. Representa la victoria de los regímenes autoritarios sobre las sociedades democráticas. Consagrar la protección de los criminales de lesa humanidad supone, al mismo tiempo, dar una licencia eventual a los futuros criminales. Los eventuales óbices procesales respecto a la ausencia de planteo en la instancia extraordinaria de este tipo de cuestiones por la querella resulta irrelevante a la hora de examinar el marco de la imprescriptibilidad de la cuestión porque la esencia misma de los crímenes de lesa humanidad impide considerar que tales delitos puedan considerarse

soslayados por el mero hecho de que la querella no continúe con la denuncia formulada en tal sentido.

64) Que este Tribunal, en oportunidad de pronunciarse en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa "Videla, Jorge Rafael" y considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa "Hagelin, Ragnar Erland" –Fallos: 326:2805 y 3268, respectivamente).

65) Que corresponde, pues, examinar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los estados en relación a los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes, entre los que se encuentran indudablemente los delitos aludidos en el art. 10 de la ley 23.049. En este sentido, el mencionado tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido.

En particular ha impuesto las siguientes obligaciones:

a. El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (Barrios Altos, Serie C N° 451, del 14 de marzo de 2001, considerando 48, y Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81);

b. Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (Loayza Tamayo, Serie C N° 33,

del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y Castillo Páez, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106);

c. La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (Blake, del 22 de noviembre de 1999, considerando 61);

d. La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Loayza Tamayo, Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171, Blake, considerando 65, Suárez Rosero, Serie C N° 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80, Durand y Ugarte, Serie C N° 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143);

e. La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones (Suárez Rosero, parr. 79; Villagrán Morales, Serie C N° 63, del 19 de noviembre de 1999, considerando 225, Velázquez, parr. 176);

f. La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares para que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades (Blake, parr. 97, Suárez Rosero, considerando 107, Durand y Ugarte, considerando 130, Paniagua Morales, del 8 de marzo de 1998, considerando 94, Barrios Altos, parr. 42, 43, y 48).

En particular, ha destacado que el art. 25 “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1997, párr. 82 y 83; Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 65, Caso Paniagua Morales y otros, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 164 y Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 169). El ejercicio discrecional en la acusación que es válido bajo la ley doméstica puede no obstante quebrantar las obligaciones internacionales de un Estado (ver Diane F. Orentlicher, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regimen, 100 The Yale Law Journal, 2537, 2553; 1991).

Debe tenerse en cuenta que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso Blake, considerando 66 que la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos. De ahí la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso.

66) Que, en consecuencia, los estados nacionales tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y ha señalado que "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares" (conf. casos Castillo Páez, Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, Serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998). Esta obligación corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y que esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una formalidad (Casos El Amparo, Reparaciones, párr. 61 y Suárez Rosero, Reparaciones, Serie C N° 44, del 20 de enero de 1999, párr. 79).

67) Que es necesario tener en cuenta que las Observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con arreglo al párrafo 4 del art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habían precisado, con anterioridad a la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, que los Estados Parte del mencionado Pacto existían obligaciones respecto a la desaparición y muerte de personas. En este sentido se instaba a adoptar medidas inmediatas y eficaces para determinar los hechos y para someter a la justicia a toda persona que se comprueba que haya sido responsable de la muerte de las víctimas; [Quinteros v. Uruguay (Comunicación 107/1981), ICCPR, A /38/40 (21 de julio de 1983) 216 en

los párrafos 15 y 16; Baboeram v. Surinam (146/1983 y 148 – 154/1983), ICCPR, A/40/40 (4 de abril de 1985) párrafo 16; Barbato v. Uruguay (84/1981) (R. 21/84), ICCPR, A 38/40 (21 de octubre de 1982) párrafos 10 y 11].

VIII. NEGACION DE LA OBEDIENCIA DEBIDA.

68) Que así las leyes de punto final y obediencia debida, son incompatibles con diferentes cláusulas de nuestra Constitución Nacional (arts. 16, 18, 116). Pero la invalidez de tales leyes también proviene de su incompatibilidad con diversos tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino, pues al momento de sancionarse las leyes 23.492 y 23.521 el orden jurídico argentino otorgaba primacía a los tratados por sobre las leyes del Congreso (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta el 27 de enero de 1980).

69) Que, la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de la sanción de las leyes establecía que "*Toda persona* tiene derecho a que se respete su vida..." *y a que este derecho sea "...protegido por la ley...*" y a que "*Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*" (art. 4); el derecho a la integridad física y a no "*ser sometido a torturas*" (art. 5°) así como el derecho a la "libertad personal" (art. 7°).

Por dicha convención el Estado se comprometió a "*Adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*" (art. 2°), así como respetarlos y garantizarlos (art. 1°).

70) Que, por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también vigente en el derecho interno al tiempo de sanción de esas leyes, además de establecer iguales derechos al tratado interamericano, a través de los arts. 2.1 y 14.1 el Estado argentino también asumió la obligación de garantía y la protección de las garantías judiciales a las que se refieren los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

71) Que, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, estableció el deber del Estado de perseguir esa clase de delitos, así como el deber de imponer penas

adecuadas (art. 4.2), y la imposibilidad de que pueda "invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" (art. 2.3). El principio de buena fe obligaba al Estado argentino a obrar conforme a los fines allí establecidos.

72) Que, consecuentemente, la sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impedían llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, resultaban claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

73) Que en tal sentido, resultan insoslayables las opiniones emitidas por los órganos interpretativos de tales tratados de derechos humanos, específicamente en materia de prescripción, amnistía y obediencia debida, respecto a esta clase de crímenes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" consideró "*que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*" (CIDH. Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41).

La trascendencia de este último precedente radica además en que la Corte Interamericana declara la invalidez misma de la ley de amnistía, y no su mera inaplicabilidad a un caso concreto llevado a sus estrados, y no sólo alude a amnistías, sino también "disposiciones de prescripción y excluyentes de responsabilidad".

74) Que, por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92, al analizar las leyes de obediencia debida y de punto final y del decreto de indulto 1002/89 concluyó que las leyes 23.492 y 23.521 como el decreto 1002/89 eran incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

75) Que las Naciones Unidas, en el informe conocido como "Joinet", señalan que la obediencia debida no puede exonerar a los ejecutores de su responsabilidad penal; a lo sumo puede ser considerada como circunstancia atenuante (Principio 29). La prescripción no puede ser opuesta a los crímenes contra la humanidad (Principio 24), y la amnistía no puede ser acordada a los autores de violaciones en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz (Principio 25) (U.N. E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 1).

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/04/95, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144-165). También ha señalado que pese "a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final,... Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores" (*Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000 CCPR/CO/70/ARG*).

Más recientemente el Comité de Derechos Humanos sostuvo que "en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados no podrán eximir a los autores de responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas a las que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones" (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los estados parte en el Pacto, aprobada en la 2187a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2004, págs. 17 y 18).

En sentido coincidente, el Comité contra la Tortura declaró que las leyes de punto final y obediencia debida eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino bajo la Convención (casos N° 1/1988, 2/1988 – O.R.H.M. y M.S. c/ Argentina).

76) Que de lo expuesto surge claramente que las leyes de "punto final" y "obediencia debida" dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad, frente al derecho internacional al que el Estado se encontraba vinculado resultaban ineficaces. Por otra parte, el mismo criterio es el que se ha seguido en otras jurisdicciones importantes. Punto en el que concuerda también la doctrina más renombrada en la materia.

77) Que el Estatuto del Tribunal de Nüremberg en el art. 8 expresa que: "El hecho que el acusado haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de su responsabilidad, sin perjuicio de que ello puede ser considerado para mitigar la pena...".

La importancia de este Estatuto, es que el mismo tomó características universales al ser receptado por las Naciones Unidas mediante resolución 95 (11/12/46), y representó un cambio sustancial en la materia, ya que era la primera vez que se distinguía entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad, pudiendo ser acusados los individuos aun cuando alegaran haber actuado como funcionarios del Estado. Su criterio fue seguido en el art. 5° del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, del art. 2 (3) de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por el art. VIII de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; y el art. 4° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Además, el mencionado Estatuto ha sido seguido por todos los tribunales *ad hoc* constituidos a instancia de las Naciones Unidas para investigar los delitos de lesa humanidad cometidos por diferentes autoridades gubernamentales con anterioridad a la constitución de la Corte Penal Internacional. Así el Estatuto Internacional para Rwanda (*art. 6°*); el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 7).

78) Que en términos similares está redactado el art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente en nuestro país a partir

de su aprobación (ley 25.390) y que rige para hechos cometidos con posterioridad a su creación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló respecto a un guardia del muro de Berlín que ejecutó las órdenes de matar a individuos que intentaron cruzarlo. El ex soldado esgrimió que él era parte de un sistema militar sujeto a una absoluta disciplina y obediencia jerárquica y que había sido objeto de un previo e intenso adoctrinamiento político. El tribunal europeo señaló que ni aun un mero soldado podía obedecer ciegamente órdenes que implicaban infligir, no sólo normas de derecho interno, sino principios básicos de derechos humanos internacionalmente reconocidos. A tal fin recordó los principios afirmados en la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocidas como los "Principios de Nüremberg" que señalan que el acusado que actuó en cumplimiento de una orden no queda librado de responsabilidad (TEDH Caso K.–H.W vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001).

79) Que en Estados Unidos, desde antiguo la jurisprudencia ha rechazado la innovación de obediencia debida para justificar actos manifiestamente ilícitos. Así en el caso "United States v. Bright" la Corte expresaba que "...la orden de un oficial superior para quitar la vida de los ciudadanos, o invadir la santidad de sus casas y privarlo de sus bienes, no debería proteger al inferior contra los cargos por tales delitos en los tribunales de este país" (24 F. Cas. 1232 –C.C.D. pág. 1809– N° 14647). Ver: United States v. Barrone 1 U.S.465, 467 (1804).

También resultan elocuentes, otros casos judiciales de EE.UU., Alemania e Israel, que han sido analizados por el juez Bacqué en la causa "Camps" (considerando 35) (Fallos: 310:1162).

Las mismas ideas fueron sustentadas en los momentos iniciales de nuestra organización nacional como lo revela el debate de la ley 182 del Congreso de la Confederación, donde ya se señalaba que "...para garantizar al ciudadano contra los avances del poder, es preciso que los ejecutores tengan también una pena". También resulta elocuente la nota explicativa de Carlos Tejedor al art. 4° del Título III del Código Penal de 1870, donde cita como fuente la antigua doctrina que distinguían los crímenes atroces de los ligeros, y en cuanto a que la orden no justificaba a aquel que cometía delitos atroces (considerando 37 y 34 voto de juez Bacqué, en causa "Camps" con cita de Rodolfo Moreno

"El Código Penal y sus antecedentes" t. 2, Buenos Aires, 1922 págs. 268/269).

80) Que en cuanto a la doctrina internacional, el "Proyecto Princeton sobre Jurisdicción Internacional" elaborado por integrantes de la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación Americana de Juristas, establecen los principios básicos que deberían servir de guía para la persecución internacional o nacional respecto de graves crímenes contra el derecho de gentes como los de lesa humanidad (Principio 2°). Entre ellos se señala que la invocación de un cargo oficial no libra al acusado de su responsabilidad personal sobre tales hechos (5); se prohíbe la aplicación de términos de prescripción de la acción penal (6°), y se señala que las leyes de amnistía son incompatibles con el deber internacional que tienen los estados de perseguir a los perpetradores de tales crímenes (7.1 y 7.2).

Por su parte Bassouni señala que del elevado estatus de tales crímenes deriva la carga de extraditarlos, la imprescriptibilidad de la acción penal, el desconocimiento de inmunidades a los jefes de Estado, y el rechazo de la invocación de "obediencia de órdenes superiores" como causa de justificación (M. Cheriff Bassiouni; "Accountability for International Crime and Serious Violation of Fudamental Human Rights", 59 Law & Contemporary Problems 63, 69 – autumn 1996).

En el mismo sentido Orentlicher señala que constituye un principio universalmente aceptado que los individuos acusados de graves violaciones a los derechos individuales nunca deben ser exonerados con sustento en que obedecían órdenes, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda ser tomada en cuenta para la mitigación de la pena. Con respecto a las leyes de amnistía, expresa que salvo en casos de extrema necesidad y en que estén en juego los intereses esenciales del Estado, nunca tendrán virtualidad para desconocer las obligaciones internacionales del Estado, ni aun cuando ello genere malestar militar (Orentlicher Diane, "Settling Acounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. The Yale Law Journal, vol 100:2537, págs. 2596/2598 [1991]).

81) Que también se ha sostenido que aun cuando históricamente la amnistía ha sido asociada a conceptos como la paz y la compasión, ella fue explotada por los perpetradores de graves crímenes para lograr impunidad. Por ello tales exoneraciones resultan incompatibles con el deber internacional que tienen los estados de investigar; de

modo que éstos siguen obligados a perseguir y sancionar tales crímenes aunque para ello sea necesario anular tales amnistías. Para el caso que se ponga en riesgo significativo los poderes del Estado, éste, ante tal emergencia, puede posponer esa obligación, la cual deberá ser cumplida cuando el peligro haya pasado (Geoffrey Robertson "Crimes Aganst Humanity", Cap: The Limits of Amnesty, págs. 256/265, The New Press New York, 2000).

82) Que, en síntesis, las leyes de punto final y de obediencia debida son inconstitucionales conforme a todas las consideraciones expuestas.

IX. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

83) Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no sólo estaba prevista en el derecho internacional –incorporada mediante el art. 118 de la Constitución Nacional–, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino.

Cabe tener presente que la persecución de crímenes contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esa naturaleza. Así se ha procedido en los Estados Unidos en el caso United States v. Calley (22 U.S.C.M.A. 534, December 21, 1973). En Israel en el caso Eichmann y en Grecia en el juicio seguido a la junta militar que gobernó ese país hasta el año 1974 (Ratner, Steven R. y Abrams, Jason "Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nüremberg Legacy, pág. 168).

Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

84) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no sólo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

ticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue llamado para resolver la denuncia contra Alemania, por quienes fueron condenados en dicho país por el delito de homicidio, cometido contra aquellas personas que habían intentado cruzar el muro de Berlín que dividía dicha ciudad. Para ello los jueces habían ponderado que los condenados, en su carácter de altos funcionarios de la ex República Democrática Alemana habían sido los mentores de tal "plan de seguridad", y los que impartieron las órdenes de aniquilamiento. Los tribunales rechazaron la justificación de que los acusados habían actuado amparados por reglamentaciones internas, al considerar que las conductas imputadas constituían flagrantes violaciones de derechos humanos.

Ante el Tribunal de Estrasburgo los ex funcionarios esgrimieron que fueron condenados por hechos que no constituían delitos al tiempo de su comisión para la ley alemana, y que consecuentemente su condena violaba los arts. 7°, 1° y 2° de la Convención europea que establecen el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los tribunales alemanes no habían violado el art. 7 de la Convención, pues esta norma no podía ser interpretada para amparar acciones que vulneraban derechos humanos básicos, protegidos por innumerables instrumentos internacionales, entre ellos el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Agregó que, la actuación de los tribunales alemanes era consistente con el deber que pesa sobre los estados de salvaguardar la vida dentro de su jurisdicción, utilizando para ello el derecho penal. Agregó que las prácticas de los funcionarios de la ex Alemania oriental infringieron valores supremos de jerarquía internacional. A la luz de todo ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enfatizó que al momento que los reclamantes cometieron los actos materia de persecución, ellos constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsión por los tratados internacionales, y que

el derecho a la vida y a la libertad se encontraban protegidos –entre otros– por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la ex Alemania Democrática en el año 1974, con anterioridad a las acciones imputadas. Consecuentemente descartó la violación de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal (Caso: Streletz, Kessler y Krentez vs. Alemania, sentencia del 22 de marzo de 2001).

85) Que en cuanto a la objeción del recurrente de que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas.

Frente a ello cabe afirmar que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, pues no cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad previsto en dicho código contenía una descripción lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados “desaparición forzada de personas” (art. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis).

86) Que, por otra parte, el crimen de la desaparición forzosa de personas fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (XXXVI) del 29 de febrero de 1980, constituyó una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (resolución 33/173 del 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B [XXXII]) del 5 de septiembre de 1979). También las resoluciones de la asamblea general N° 3450 (XXX; 9/12/75); la 32/128 (16/12/77); y 33/173 del 20 de diciembre de 1978.

87) Que, en el ámbito regional americano, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana se habían referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones y para exigir que se les ponga fin [AG/RES. 443 (IX-0/79) de 31 de

octubre de 1979; AG/RES 510 (X-0/80) de 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 (XII-0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983; AG/RES. 742 (XIV-0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual, 1978, págs. 22-24a; Informe Anual 1980-1981, págs. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, págs. 49-51; Informe Anual, 1985-1986, págs. 40-42; Informe Anual, 1986-1987, págs. 299-306 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/ Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 1985 (Guatemala)].

88) Que sobre la base de tales precedentes internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, al considerar que aquellas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, repudiados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluso en la década de los setenta (CIDH Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Serie C N° 118, sentencia de 23 de noviembre de 2004, parágr. 104; ver también caso Velásquez Rodríguez, Serie C N° 4, del 29 de julio de 1988).

En conclusión, ya en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

Ello significa que aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica– en virtud de una normativa internacional que las complementó.

En este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual.

89) Que, en síntesis, el reproche internacional respecto de tales delitos, así como el carácter de *ius cogens* de los principios que obliga-

ban a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan desestimar el planteo de supuesta violación al principio de irretroactividad y de legalidad.

X. SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

90) Que este sistema interamericano de protección de derechos humanos impone que las actuaciones dirigidas a investigar la verdad de lo ocurrido y a lograr la punición de los responsables de delitos aberrantes sean desarrolladas seriamente por los respectivos estados nacionales. En otros términos las actuaciones penales respectivas no pueden constituir procedimientos formales para superar –mediante puras apariencias– los requerimientos de la Convención Americana ni deben conformarse como métodos inquisitivos que importen la violación del derecho a defensa en juicio de los imputados.

Concretamente la Corte Interamericana ha afirmado en el caso Barrios Altos que "considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (Serie C N° 45, párrafo 41).

91) Que, sin perjuicio de ello, la calificación de delitos de lesa humanidad queda unida, además, con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24.584. Dicha regla también ha sido mantenida por el art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal decisión sobre la falta de un derecho a la prescripción se vincula, desde luego, con la simétrica obligación de los estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos aberrantes con la consiguiente obligación de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos.

92) Que los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan

necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional.

93) Que desde esta perspectiva, las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables. De allí surge la consagración mediante la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de un mecanismo excepcional –pero al mismo tiempo imprescindible– para que esos remedios contra los delitos aberrantes se mantengan como realmente efectivos, a punto tal que la misma Convención dispone en su art. 1 que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

94) Que la relevancia de esa Convención como mecanismo para el logro de una efectiva persecución de los responsables de crímenes aberrantes surge, finalmente, también de la ley 25.778 que le ha conferido jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, de modo que al deber de punición que corresponde a los tribunales en estos casos se aúna la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito denunciado en la causa.

95) Que, por lo expresado, la negativa **de los apelantes** a considerar el delito de **desaparición forzada de personas como un delito de lesa humanidad (conf. fs. 31 del recurso extraordinario)** resulta inadmisible a la luz de principios del *ius cogens* que imponen su represión por los órganos estatales y que permiten tipificar a ese delito como autónomo en el actual estado de avance de la ciencia

jurídica. Asimismo, los fundamentos expresados revelan que ante la comprobación de una conducta de tales características se impone que este Tribunal intervenga para asegurar el deber de punición que corresponde al Estado argentino en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la Constitución Nacional y de los principios que emanan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por consiguiente, impiden la aplicación de las normas ordinarias de prescripción respecto de un delito de lesa humanidad tal como lo dispone la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la ley 24.584 e incorporada con rango constitucional mediante la ley 25.778.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.– Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.– Declarar la validez de la ley 25.779.

3.– Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.– Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

Las leyes 23.492 y 23.521 no pueden surtir efectos por imperio de normas de derecho internacional público.

12) Que esta Corte comparte el criterio del señor Procurador General en cuanto a que las leyes 23.492 y 23.521 fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana y que conforme a las obligaciones asumidas por la República en ese acto, el Congreso Nacional estaba impedido de sancionar leyes que las violasen.

13) Que también entiende –en consonancia con el señor Procurador General– que conforme al criterio sostenido por este Tribunal en la causa "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) las normas violadas integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional, es decir, que por lo menos desde el citado fallo impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del "derecho único". Tesis correcta, desde que su contraria, o sea, la llamada del "doble derecho", según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas, políticamente ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales, y lógicamente resulta aberrante, desde que siempre que hubiera contradicción entre el derecho interno y el internacional, obliga a los jueces a incurrir en un injusto (de derecho interno si aplica el internacional o de este último si aplica el interno). Dicho en otras palabras, los jueces, ante un supuesto de contradicción, conforme a la tesis contraria a la sostenida por esta Corte, deben optar entre el prevaricato o la complicidad en un injusto internacional del Estado.

14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos", ratificado en todas las sentencias que cita el dictamen del señor Procurador General, las mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano, pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina.

Tal como lo señala el señor Procurador General, el derecho internacional también impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–". No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial y juzgados conforme al Estatuto de Nürnberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos.

Sin perjuicio de precisar más adelante algunos de estos conceptos, al único efecto de establecer lo que imponen las normas de derecho internacional (y también de derecho interno conforme a la mencionada tesis del derecho único), las anteriores consideraciones son suficientes para que esta Corte haga cesar cualquier efecto obstaculizante emergente de las leyes 23.492 y 23.521.

15) Que a efectos de cumplir con el mandato del derecho internacional, cabe observar que no basta con constatar que el Congreso Nacional sancionó leyes que violaban tratados internacionales y normas constitucionales, o sea, que el derecho internacional exige algo más que la mera declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521. En efecto: la clara jurisprudencia de "Barrios Altos" exige que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar.

Estos efectos están previstos en la ley 25.779.

16) Que conforme a esto, es menester declarar no sólo la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, sino también declararlas inexequibles, es decir, de ningún efecto. Por ello, sin perjuicio de que esta Corte, en función de mandatos de derecho interno y de derecho internacional, declare la inconstitucionalidad de las leyes

cuestionadas y, más aún, declare expresamente que carecen de todo efecto que de ellas o de los actos practicados en su función, puedan emerger obstáculos procesales que impidan el cumplimiento de los mandatos del derecho internacional, no puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que declara *insanablemente nulas* las leyes 23.492 y 23.521, aplicando a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su art. 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente.

17) Que si bien la ley 25.779 coincide con lo que en derecho debe resolver esta Corte, su texto escueto contrasta notoriamente con la extensión y dificultad de los problemas que plantea su alcance, el sentido que puede darse a sus palabras y su propia constitucionalidad, debiendo recordarse que casi todos los argumentos jurídicos que apoyan su constitucionalidad como los que la niegan han sido esgrimidos en ocasión del debate legislativo en ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Cabe reconocer, en homenaje a los legisladores, que se trata de un debate donde, junto a aspectos puramente políticos, se han tratado con particular seriedad las cuestiones jurídicas.

El Congreso Nacional no está habilitado en general para anular leyes.

18) Que el primer y básico cuestionamiento a la ley 25.779 pone en tela de juicio la competencia del Congreso Nacional para declarar la nulidad insanable de una ley sancionada y derogada cinco años antes por él mismo (ley 24.952). Además se sostiene que reconocer esta competencia al Congreso, en el caso de leyes penales, implicaría violar garantías constitucionales (y las propias normas internacionales) que hacen a la seguridad jurídica, como la cosa juzgada y la irretroactividad de la ley penal (o la ultra actividad de la ley penal más benigna).

Por cierto que están lejanos los tiempos en que se afirmaba la omnipotencia del Parlamento inglés sosteniendo que “puede hacer hasta cosas que sean algo ridículas; puede hacer que Malta esté en Europa, hacer a una mujer un Corregidor o un Juez de Paz; pero no puede cambiar las leyes de la naturaleza, como hacer de una mujer un hombre o de un hombre una mujer” (Lord Holt, citado en: O. M. Wilson, *Digesto de la Ley Parlamentaria, traducido del inglés con autorización del Senado y encargo de la Comisión de Revisión del Reglamento por A. Belin*, Buenos Aires, 1877, pág. 195). Dejando de lado la cues-

tión geográfica y que hoy Malta forma parte de la Unión Europea, como también la misoginia repugnante de la frase y que por suerte hay muchas mujeres juezas, y que los avances de la técnica médica permiten superar lo otrora insuperable, lo cierto es que el extraordinario poder del Parlamento inglés proviene de su milenaria lucha con la monarquía, de la que cobró su potestad casi absoluta: "El poder y jurisdicción del Parlamento son tan grandes y tan trascendentales y absolutos, que no se considera tener límites en cuanto a causa alguna ni persona" (Op. et loc. cit.). Esto se explica porque el Parlamento inglés ejerce el poder constituyente mismo, lo que le habilitaba incluso a condenar y aplicar penas, entre otras cosas. Además, la legalidad era una cuestión siempre problemática en el derecho inglés, dada la vigencia general del *Common Law* y la potestad judicial de crear tipos penales. Pero esto también es historia en el propio derecho penal británico, pues domina el *Statute Law* y los jueces han perdido definitivamente el poder de crear tipos penales, tal como lo declaró formalmente la Cámara de los Lores en 1972 (*Knuller Ltd. v. Director of Public Prosecutions, cit. en Cross and Jones, Introduction to Criminal Law*, London, 1976, págs. 11-12).

Por lo que hace a los poderes tan amplios del Parlamento, en cuanto éste atravesó el Atlántico y se convirtió en el Poder Legislativo en una República, dejó de ejercer el poder constituyente, y la separación de poderes conforme a los pesos y contrapesos le estableció límites que no puede exceder, sin riesgo de que sus leyes no se apliquen por decisión de los jueces, que devienen controladores de estos límites. Este es el sentido del control difuso de constitucionalidad de origen norteamericano que inspira nuestra Constitución Nacional.

Además, es claro que el Poder Legislativo no puede ejercer la jurisdicción, más que en los casos y condiciones que la Constitución establezca y con los alcances y efectos previstos en ésta. En materia específicamente penal, la Constitución de los Estados Unidos prohíbe expresamente que el Congreso dicte sentencias, con la mención específica del llamado *Bill of Atteinder* (confr. Paschal, Jorge W., *La Constitución de los Estados Unidos explicada y anotada*, Trad. de Clodomiro Quiroga, Buenos Aires, 1888, pág. 463). Este es el límite que también parece violado por la ley 23.521, tal como lo señala el señor Procurador General en su dictamen, pues no se ha limitado a amnistiar, sino que, mediante el establecimiento de una pretendida presunción *iuris et de iure* de una causal de exclusión de delito, quiso declarar lícitos o exculpados los delitos cometidos, cuando ésta es una función exclusi-

va del Poder Judicial y por completo ajena a la incumbencia del legislador.

19) Que pretender que el Congreso Nacional tiene la potestad de anular cualquier ley penal importaría cancelar la retroactividad de la ley penal más benigna, acabar con su ultra actividad y, por consiguiente, desconocer la irretroactividad de la ley penal más gravosa. No sería menos riesgoso el desconocimiento de la cosa juzgada cuando, habiendo mediado procesos que, siguiendo su curso normal, hubiesen terminado en absolución, éstos fuesen revisables en función de las leyes penales pretendidamente anuladas. Por ende, en un análisis literal y descontextualizado de la ley 25.779, ésta no sería constitucionalmente admisible, aunque coincida en el caso con lo que en derecho corresponde resolver a esta Corte.

20) Que no es válido el argumento que quiere legitimar la ley 25.779 invocando el antecedente de la ley 23.040 de diciembre de 1983, referida al acto de poder número 22.924 de septiembre de ese mismo año, conocido como “ley de autoamnistía”. En realidad, esa llamada “ley” ni siquiera era una “ley de facto”, porque no podría considerarse tal una forma legal con contenido ilícito, dado que no era más que una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder e incluso de una misma corporación y del personal que había actuado sometido a sus órdenes. Cualquiera sea la teoría que se sostenga respecto de la validez de los llamados “decretos-leyes” o “leyes de facto” antes de la introducción del art. 36 vigente desde 1994, lo cierto es que éstos requieren un mínimo de contenido jurídico, que no podía tenerlo un acto de encubrimiento de unos integrantes de un régimen de facto respecto de otros o de algunos respecto de sí mismos. En rigor, la ley 23.040 era innecesaria, pues hubiese sido absurdo que los jueces tuviesen en cuenta una tentativa de delito de encubrimiento con mera forma de acto legislativo “de facto”, para obstaculizar el avance de la acción penal. Con ello no hubiesen hecho más que agotar el resultado de una conducta típica de encubrimiento.

21) Que la inhabilidad general del Congreso Nacional para anular leyes penales sancionadas por él mismo está ampliamente reconocida en el propio debate legislativo de la ley 25.779. Ninguno de los argumentos sostenidos para defender en el caso esta potestad del Congreso ha pretendido que éste se encuentra habilitado para anular cualquier ley y menos cualquier ley penal en cualquier circunstancia. Por el contrario, todos los argumentos a favor de la constitucionalidad de

la ley 25.779 han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional. De todas maneras, esta excepcionalidad debe ser seriamente analizada, pues es sabido que los desarrollos antiliberales y antidemocráticos siempre invocan cuestiones de excepción y, además, lo que comienza aceptándose como extraordinario, para desgracia de la República y de las libertades públicas, fácilmente suele devenir ordinario.

Los argumentos de excepcionalidad

22) Que no es del caso analizar el debate legislativo en detalle, sino extraer de éste los argumentos medulares que se han empleado, porque ilustran acerca de la excepcionalidad invocada. Las razones centrales que se dieron para fundar la constitucionalidad de esta potestad del Congreso en el caso concreto, o sea, la excepcionalidad legitimante invocada, se centraron en torno a cuatro ideas básicas: a) el estado de necesidad en que se hallaba el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo en el momento de la sanción de estas leyes; b) el art. 29 constitucional, c) el derecho supralegal y d) el derecho internacional.

La invocación de la coacción o necesidad.

23) Que el argumento que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, no resiste mayor análisis. Sin perjuicio de reconocer que se planteaba una situación delicada en esos momentos, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema –como tampoco el acierto o desacierto de la sanción de estas leyes para resolverla–, es verdad que el Congreso de la Nación suele sancionar leyes presionado por las circunstancias con mucha frecuencia y eso es materia corriente en la política de cualquier Estado. Abrir la puerta de futuras nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción en cada uno de esos casos importa sembrar una inseguridad jurídica formidable. Si la coacción de las circunstancias habilitara la posibilidad de que el propio Congreso Nacional anulara sus leyes, no habría razón por la cual no se podrían anular también por otros vicios que acarrean ese efecto en numerosos actos jurídicos, como el error o la ignorancia de las circunstancias, lo que eliminaría toda previsibilidad, condición indispensable para la coexistencia pacífica de toda sociedad.

Apelación al art. 29 constitucional.

24) Que también se ha sostenido que la potestad anulatoria en el caso quedaría habilitada con una pretendida aplicación extensiva del art. 29 de la Constitución Nacional. Sin embargo, de la letra de este artículo surge claramente que esas leyes configuran una hipótesis no contemplada en su texto. Por ende, no se trataría de una *interpretación extensiva* del art. 29, sino de una *integración analógica* de ese texto. La interpretación extensiva siempre tiene lugar dentro de la resistencia semántica del texto (pues de lo contrario no sería interpretación) (en el sentido de que la interpretación siempre es *intra legem*: Max Ernst Mayer, *Der allg. Teil des deutsches Strafrechts*, Heidelberg, 1923, pág. 27; igual, Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 1965), en tanto que la integración analógica postula la aplicación a un caso semejante pero no contemplado en la letra de la ley.

Independientemente de que el art. 29 constitucional responde a una coyuntura histórica particular y casi referida a una persona, las consecuencias de admitir su integración analógica serían muy peligrosas, pues una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los *infames traidores a la Patria* a cualquier opositor. Ante esta perspectiva, claramente no querida por la Constitución Nacional, conviene seguir sosteniendo la prohibición de analogía respecto de este texto.

Por otra parte, el art. 29 constitucional es un caso de *delito constitucionalizado* y, si bien no es un tipo penal, está íntimamente vinculado al tipo que el legislador ordinario construye en función del mandato constitucional y, por ende, su integración analógica siempre es violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados internacionales incorporados a la Constitución.

En síntesis, la invocación del art. 29 constitucional no puede fundar la excepcionalidad de las circunstancias y la única utilidad que presenta este texto para el caso es la de inspirar la fórmula que la ley 25.779 emplea para disponer la ineficacia de las leyes 23.492 y 23.521.

La apelación a la supralegalidad.

25) Que no han faltado en el curso del debate apelaciones abiertas al derecho natural. Por momentos, en el Congreso de la Nación se

renovó el debate entre jusnaturalistas y positivistas. La invocación de un derecho supralegal para desconocer límites de legalidad siempre es peligrosa, pues todo depende de quién establezca lo que es o se pretende *natural*. Como es sabido, no hay una única teoría acerca del *derecho natural*, sino muchas. Basta revisar cualquier texto que contemple la historia del pensamiento jurídico para verificar la enorme gama de versiones del jusnaturalismo y sus variables (es suficiente remitir a obras ampliamente divulgadas y clásicas, como Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1962; Hans Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material*, Aguilar, Madrid, 1971). Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo *derechos naturales* –con ese u otro nombre– autoritarios y totalitarios, abiertamente irracionales. La legislación penal nazista apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo (al respecto, Edouard Conte-Cornelia Essner, *Culti di sangue, Antropologia del Nazismo*, Carocci Editore, Roma, 2000; Michael Burleigh-Wolfgang Wippermann, *Lo Stato Razziale*, Germania 1933-1945, Rizzoli, Milano, 1992; George L. Mosse, *La Cultura Nazi*, Grijalbo, Barcelona, 1973; sobre su extensión al fascismo italiano, Giorgio Israel-Pietro Nastasi, *Scienza e Razza Nell'Italia Fascista*, Il Mulino, Bologna, 1998). El stalinismo, por su parte, lo hacía remitiendo a los principios de la sociedad socialista (asi: Stucka-Pasukanis-Vysinskij-Strogovic, *Teorie Sovietiche del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1964).

Además, el argumento jusnaturalista corre el riesgo de enredarse y terminar legitimando lo que la ley 25.779 quiere descalificar de modo tan radical, pues reconocer injustos o ilícitos supralegales importa admitir también justificaciones supralegales y, con ello, entrar al debate de la llamada guerra sucia con el autoritarismo de seguridad nacional, que también era una construcción supralegal, o sea que, aunque nadie lo haya desarrollado con ese nombre, se sostuvo la existencia de un aberrante *derecho supralegal de seguridad nacional* (puede verse el ensayo que en este sentido lleva a cabo Carlos Horacio Domínguez, *La Nueva Guerra y el Nuevo Derecho, Ensayo para una Estrategia Jurídica Antisubversiva*, Círculo Militar, Buenos Aires, 1980; en lo específicamente penal intentó esta empresa Fernando Bayardo Bengoa, *Protección Penal de la Nación*, Montevideo, 1975; en sentido crítico sobre estas ideologías, Comblin, Joseph, *Le Pouvoir*

Militaire en Amerique Latine, París, 1977; Montealegre, Hernán, *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 1979).

Por otra parte, la invocación de fuentes jurídicas supralegales siempre obliga a volver la vista al drama alemán de la posguerra y muy especialmente al debate que en su tiempo se generó. Es sabido que ante las atrocidades cometidas por los criminales nazistas surgió en la posguerra alemana un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del jusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias del Tribunal Constitucional. La apelación a un derecho supralegal se llevó a cabo especialmente por la vía de la "naturaleza de las cosas" (sobre ello, Alessandro Baratta, *Natur der Sache und Naturrecht*, Darmstadt, 1965; del mismo, *La Teoria della Natura del Fatto alla Luce Della "nuova retorica"*, Giuffrè, Milano, 1968; también *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus*, en ARSP, Wiesbaden, 1968; *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en "Fest. f. Erik Wolf", Frankfurt, 1972; *Il Problema Della Natura del Fatto, Studi e Discussioni Negli Ultimi Anni*, Giuffrè, Milano, 1968; Luis Recaséns Siches, *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "razonable"*, UNAM, México, 1971; Ernesto Garzón Valdes, *Derecho y "naturaleza de las cosas", Análisis de una Nueva Versión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo*, Univ. Nac. de Córdoba, 1970).

El estado espiritual de la ciencia jurídica alemana de la mitad del siglo pasado y especialmente de su filosofía del derecho lo marcó en gran medida la polémica sobre la llamada "vuelta" o "giro" de Gustav Radbruch, expresado en un breve artículo de 1946 con el título de "Injusto legal y derecho supralegal" (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en Rechtsphilosophie*, Suttgart, 1970, pág. 347; el impacto de este trabajo se observa en diversas contribuciones después de veinte años de la muerte de Radbruch, en los "Gedächnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann", Göttingen, 1968). "El conflicto entre justicia y seguridad del derecho –sostenía este autor en ese artículo– debería resolverse en forma que el derecho positivo, garantizado por el estatuto y el poder, tenga preeminencia aun cuando en su contenido sea injusto o inadecuado, salvo que el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, como 'derecho injusto', ceda ante la justicia".

Sabemos que esta fórmula fue duramente criticada en su momento por Hart, quien se hacía cargo del drama alemán, pero sostenía que era preferible aplicar el derecho positivo antes que correr el riesgo de utilizar leyes retroactivamente, incluso en los casos de *intolerabilidad* exceptuados por Radbruch. No obstante, como se ha demostrado en una completísima investigación más reciente, la fórmula de Radbruch no tuvo muchas consecuencias prácticas en Alemania (Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e Diritto Penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania Postnazista e nella Germania Postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2002).

Cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente. En la posguerra no había Constitución en Alemania; la Constitución de la República Federal se sancionó en 1949 y en ese momento las perspectivas de la Carta de Bonn no eran mejores que las de Weimar treinta años antes. En el plano universal sólo existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundamental pero realmente débil en ese momento, pues la aceptación de su consideración como *ius cogens* es muy posterior a los primeros años de la posguerra. Tampoco existía en Europa un sistema regional de Derechos Humanos; la Convención de Roma es de 1950 y su ratificación y puesta en funcionamiento para todo el continente fueron muy posteriores y graduales. En otras palabras, no se había positivizado suficientemente el derecho internacional de los Derechos Humanos y eran débiles las consagraciones nacionales.

La consagración de los Derechos Humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos (confr. Antonio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, 1997, volume I págs. 17 y sgtes.). Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supralegal, pues carecían de constituciones. Por ello, Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La consagración de derechos en las constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supralegales, pero luego las constituciones fallaron, los estados de derecho constitucionales se derrumbaron (la *Weimarergrundgesetz* perdió vigencia, la *Oktoberverfassung* austríaca de 1921 fue sepultada, el *Statuto Albertino* italiano no sirvió de nada, etc.) y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de

la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los Derechos Humanos se internacionalizaron y globalizaron. Este último fenómeno de positivización de los Derechos Humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro.

En síntesis, respecto de los argumentos esgrimidos en este sentido para explicar la excepcionalidad de la circunstancia de la ley 25.779 en el curso de su debate invocando el derecho natural o supralegal, cabe concluir que no es necesario perderse en las alturas de la supralegalidad, cuando el derecho internacional de los Derechos Humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas. Esto lleva al tercer orden de argumentos sostenidos en el debate parlamentario.

El argumento de derecho internacional.

26) Que se aproxima mucho más al núcleo del problema la posición que funda la legitimidad de la nulidad de las leyes de marras en el derecho internacional vigente como derecho interno. Tal como se ha señalado, es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del inc. 22 del art. 75, pero basta recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001, en el caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)” serie C N° 75: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. La Corte Interamericana considera que “las mencionadas leyes carecen de efec-

tos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú".

Esta jurisprudencia es –sin duda– aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse.

Tal como también se señaló no vale para el caso argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan las leyes 23.492 y 23.521. Cualquiera sea el *nomen juris* y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional –del que sólo puede ser responsable el Estado argentino– lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación.

27) Que la ley 25.778, sancionada simultáneamente con la 25.779, ambas publicadas en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003, otorga "jerarquía constitucional a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la Ley 24.584". Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa "Arancibia Clavel" ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que

antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.

Se argumentó en el debate parlamentario que sería contradictorio que el Congreso Nacional otorgase jerarquía constitucional a esta Convención y mantuviese cualquier efecto de las leyes que se pretenden anular, o sea, que prácticamente la ley 25.779 sería una consecuencia necesaria de la ley 25.778. No nos parece que se trate de una consecuencia necesaria, porque ninguna de las leyes cuestionadas está referida a la prescripción y, en último análisis, la prescripción sería sólo uno de los obstáculos legislativos al ejercicio de la acción penal, pero en modo alguno agotaría los opuestos por las leyes de marras. Si lo que se pretende es asentar la excepcionalidad en la incongruencia de otorgar jerarquía constitucional a una norma que remueve el obstáculo de la prescripción y, al mismo tiempo, dejar intactos otros obstáculos, este es un buen argumento de política penal, pero no alcanza para explicar la excepcionalidad de la situación que habilitaría al Congreso Nacional a anular dos leyes penales.

28) Que el orden jurídico debe ser interpretado en forma coherente, no contradictoria, pero la coherencia del orden jurídico no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. Si la contradicción entre normas vigentes facultase para la anulación de leyes, no sería difícil anular la mayoría de las leyes, si las entendemos en sentido literal. La no contradicción no se basa en la ilusión de legislador racional, que es un legislador ideal, inventado por el derecho o por el intérprete, y que no es el legislador histórico. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones, porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial.

Por otra parte, por mucho que la coherencia interna del orden jurídico sea un valor positivo, en función de la necesaria racionalidad de

los actos de gobierno como requisito del principio republicano, esto no autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución (o del derecho internacional incorporado a ella) sobre otra, desconociendo la vigencia de esta última. No es admisible que para no violar las Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*.

Ello es así porque al admitir la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. Este fue el procedimiento a través del cual se racionalizó el desbaratamiento de la Constitución de Weimar, sosteniendo sus detractores que si la Constitución expresa valores fundamentales, no puede admitirse que su texto otorgue garantías ni espacio político a los enemigos de estos valores, especialmente en situaciones anormales o caóticas (así, Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlín, 1933). Pero la propia experiencia nacional es muy ilustrativa en este sentido, puesto que ningún golpe de Estado argentino negó formalmente los valores constitucionales, sino que afirmaron todos que violaban la Constitución para salvarlos. Todas las violaciones a la Constitución Nacional se fundaron en una pretendida jerarquización de sus normas, incluso las que esgrimían la doctrina de la seguridad nacional y cometieron los crímenes cuyo juzgamiento obstaculizan las leyes 23.492 y 23.521.

En síntesis: si bien los argumentos que pretenden fundar la circunstancia extraordinaria que habilitaría al Congreso Nacional a anular las mencionadas leyes por vía del derecho internacional se acercan mucho más a una explicación razonable, no alcanzan para justificar esta circunstancia, pues no puede fundarse esa habilitación en la necesidad de dotar de coherencia al orden jurídico –cuestión que, por otra parte, incumbe al Poder Judicial en su tarea interpretativa y de control de constitucionalidad– y porque no pueden jerarquizarse normas constitucionales, so pena de abrir la puerta para la renovación de viejas racionalizaciones de las más graves violaciones a la Constitución.

El fundamento constitucional de la ley 25.779.

29) Que descartados los ejes argumentales sostenidos en el debate parlamentario de la ley 25.779 para fundar la competencia del Congreso Nacional para anular las leyes mencionadas, es deber de esta Corte agotar las posibles interpretaciones de la ley 25.779 antes de concluir en su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, conforme a un elemental principio de prudencia que debe regir las decisiones judiciales.

Aunque se remonta a Karl Binding, modernamente se insiste, con más depurada metodología, en la distinción entre "norma" y "enunciado normativo". Toda ley es un "enunciado normativo" que nos permite deducir la "norma" (así, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 50 y sgtes.). Así, el art. 79 del Código Penal es un enunciado normativo, pero la norma es el "no matarás". El art. 1° de la ley 25.779 también es un enunciado normativo, en tanto que la norma es "prohibido reconocerle cualquier eficacia a las leyes 23.492 y 23.521". En reiteradas ocasiones en el curso del debate legislativo se insiste en la necesidad de "remover obstáculos" al juzgamiento de esos delitos. Se trata de una ley que sanciona una norma que prohíbe considerar de cualquier eficacia a otras dos leyes. Si usásemos una terminología jurídica poco empleada entre nosotros, pero bastante común en otros países de nuestra región y de lengua castellana, concluiríamos en que se impone considerar a las mencionadas leyes "inexequibles", es decir, inejecutables. Desentrañada la norma, no tiene sentido analizar si se trata de una verdadera nulidad, análoga a la del derecho privado regulada en el Código Civil, o si este concepto es aplicable en el derecho público o si tiene una naturaleza diferente. Dicho más sintéticamente: se trata de saber si el Congreso Nacional podía en el caso prohibir que se tomasen en cuenta las leyes cuestionadas para cualquier efecto obstaculizador del juzgamiento de estos delitos, sin que quepa asignar mayor importancia al "*nomen juris*" que quiera dársele a esa prohibición.

30) Que la verdadera legitimación de esta norma se esgrime varias veces en el debate legislativo, pero no se la destaca suficientemente ni se extraen de ella las consecuencias jurídicas que inevitable-

mente se derivan con formidable gravedad institucional. Se trata nada menos que de la puesta en cuestión de la soberanía de la República Argentina. Quienes pretenden que la República desconozca sus obligaciones internacionales y mantenga la vigencia de las leyes de marras, invocan la soberanía nacional y rechazan la vigencia del derecho internacional como lesivo a ésta, cuando el derecho internacional reconoce como fuente, precisamente, las soberanías nacionales: ha sido la República, en ejercicio de su soberanía, la que ratificó los tratados internacionales que la obligan y la norma que la sujeta a la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sobre estos conceptos, Hermann Heller, *La soberanía, Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*, UNAM, México, 1965). Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta, o sea, que si no la ejerce en función del principio territorial entra a operar el principio universal y cualquier país puede ejercer su jurisdicción y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio nacional por ciudadanos y habitantes de la República.

31) Que en varias ocasiones se dice en el debate que se presenta la alternativa de juzgar los delitos de lesa humanidad en función del principio de territorialidad o de ceder a las peticiones de extradición para que estos delitos sean juzgados por otros países. Pero la mención no dimensiona adecuadamente el problema, porque pareciera que se trata de una alternativa que involucra sólo a un grupo de personas cuya extradición se ha solicitado. Se pasa por alto que se trata de un hecho nuevo, muy posterior a la sanción de las leyes de marras, y con consecuencias jurídicas colosales.

El hecho nuevo: la operatividad real del principio universal.

32) Que el Congreso de la Nación no podía pasar por alto –y de hecho no lo hizo– la existencia de un hecho nuevo que completa el panorama anterior y reclama una urgente atención. Desde la sanción de las dos leyes en cuestión, pero con creciente frecuencia, el principio universal ha comenzado a operar en forma efectiva y no meramente potencial. Es de público conocimiento que ciudadanos argentinos han sido sometidos a juicio en el extranjero, que también ciudadanos ar-

gentinos han puesto en marcha jurisdicción extranjera para obtener condenas que no podían reclamar a la jurisdicción nacional, que hubo condenas en el extranjero, que han mediado pedidos de extradición por estos crímenes, es decir, que el principio universal, que era una mera posibilidad potencial con posterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas, comenzó a operar en forma efectiva y creciente.

El principio universal en materia penal se conoce desde hace más de dos siglos, especialmente con referencia a la trata de esclavos, estando receptado en nuestra Constitución desde 1853 y obliga a la República no sólo en razón del derecho internacional consuetudinario sino en virtud de varios tratados internacionales ratificados por nuestro país. Como es sabido, tiene carácter subsidiario, o sea, que cualquier país está habilitado para juzgar los crímenes contra la humanidad, pero a condición de que no lo haya hecho el país al que incumbía el ejercicio de la jurisdicción conforme al principio de territorialidad.

Es claro que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional.

33) Que el hecho nuevo que hoy se presenta es el funcionamiento real, efectivo y creciente del principio universal. Hay ciudadanos argentinos que están detenidos, procesados y juzgados por otros estados en razón de estos delitos cometidos en el territorio nacional. Hay ciudadanos argentinos cuya extradición es requerida a la República en razón de hechos similares. Es del dominio público que el gobierno de España ha paralizado los pedidos de extradición justamente con motivo de la sanción de la ley 25.779, a la espera de que estos delitos sean efectivamente juzgados en nuestro país. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía. El hecho nuevo que aparece a partir de

las leyes cuestionadas no es la mera posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extranjera sobre hechos cometidos en el territorio, sino el efectivo ejercicio de esas jurisdicciones. Los reclamos de extradición generan la opción jurídica de ejercer la propia jurisdicción o de admitir lisa y llanamente la incapacidad para hacerlo y, por ende, renunciar a un atributo propio de la soberanía nacional, cediendo la jurisdicción sobre hechos cometidos en el territorio de la Nación por ciudadanos argentinos.

34) Que si bien existen múltiples conceptos de Constitución y la doctrina los perfecciona o vincula, en el plano más elemental y menos pretencioso, no puede desconocerse que la función que necesariamente debe cumplir una Constitución, sin la cual faltaría su esencia, o sea no habría directamente una Constitución, es una distribución del poder (o si se prefiere una atribución de poder) para el ejercicio del gobierno que presupone la soberanía. Más sintéticamente: *la función esencial de la Constitución es la atribución o distribución del poder para el ejercicio de las potestades inherentes a la soberanía.*

35) Que aceptada esta premisa elemental, no puede interpretarse nunca una Constitución entendiendo que cualquiera de sus normas impone a los poderes constituidos que no ejerzan o renuncien el ejercicio de la soberanía (y de la jurisdicción como uno de sus atributos). Desde la perspectiva de la onticidad de una Constitución, semejante interpretación reduciría a la propia Constitución a un elemento defectuoso, en parte una *no-Constitución*, negadora de su propia esencia, y degradaría al Estado a la condición de un Estado imperfecto o disminuido ante la comunidad internacional, habilitada a ejercer la soberanía ante su confesa incapacidad para ejercerla. La dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometido a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad.

El Preámbulo de la Constitución Nacional no es una mera manifestación declarativa, sino que cumple una función orientadora de la interpretación de todas las normas del texto máximo. En su redacción está claramente establecida la función esencial de toda Constitución o norma fundamental. “Constituir la unión nacional, afianzar

la justicia, consolidar la paz interior", no son objetivos enumerados al azar, sino claramente propios de toda Constitución, que serían negados en la medida en que se interpretase cualquiera de sus normas obligando a los jueces a admitir o legitimar una pretendida incapacidad de la Nación Argentina para el ejercicio de su soberanía, con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, en razón de violar el mandato internacional (asumido en ejercicio pleno de su propia soberanía) de juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en su territorio por sus habitantes y ciudadanos, cediendo ese juzgamiento a cualquier otra nación del mundo, colocando a sus habitantes en riesgo de ser sometidos a la jurisdicción de cualquier Estado del planeta, y, en definitiva, degradando a la propia Nación a un ente estatal imperfecto y con una grave *capitis deminutio* en el concierto internacional. Además, la omisión del ejercicio de la jurisdicción territorial (o sea, el no ejercicio de un claro atributo de su soberanía) abre un estado de sospecha sobre todos los ciudadanos del Estado omitente y no sólo sobre los responsables de estos crímenes.

36) Que este es el verdadero fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del *nomen juris*, mediante la ley 25.779 quita todo efecto a las leyes cuya constitucionalidad se discute en estas actuaciones. Si la ley 25.779 no se hubiese sancionado, sin duda que serían los jueces de la Nación y esta Corte Suprema quienes hubiesen debido cancelar todos los efectos de las leyes 23.492 y 23.521. La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda al respecto y permite la unidad de criterio en todo el territorio y en todas la competencias, resolviendo las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, como es la inexequibilidad de dos leyes penales nacionales, la reafirmación de la voluntad nacional de ejercer en plenitud la soberanía y la firme decisión de cumplir con las normas internacionales a cuya observancia se sometió en pleno ejercicio de esa soberanía, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial. En tal sentido, el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuyese la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina.

Lo que corresponde resolver en autos.

37) Que de cualquier manera, sin perjuicio de reconocer que las leyes 23.492 y 23.521 han perdido todo efecto en función de la ley 25.779, corresponde que esta Corte Suprema disipe cualquier duda que pueda subsistir a su respecto y, por ende, que ratifique que las leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales, como también que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina. De este modo, no quedan dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.– Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.– Declarar la validez de la ley 25.779.

3.– Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.– Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA
DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

12) Que la sanción de la ley 25.779, que declaró "insanablemente nulas" las leyes 23.521 (conocida como "ley de obediencia debida") y 23.492 (llamada "ley de punto final"), que habían sido derogadas por la ley 24.952, sancionada el 25 de marzo de 1998 y promulgada el 15 de abril de ese año, merece el debido análisis a los efectos de determinar si, en el caso concreto, el Poder Legislativo tenía facultades para concretar un acto de tal naturaleza en el marco de la Constitución Nacional y, en su caso, cuáles son los alcances y efectos que se derivan de dicho acto.

13) Que, a los fines interpretativos, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión Consultiva 14/94 del 9 de diciembre de 1994 (CIDH Serie A) Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) ha establecido que "...Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno...".

Las reglas a cumplir de buena fe, que pueden considerarse como principios generales del derecho, han sido aplicadas por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades greco-búlgaras –1930–, Serie B, N° 17, pág. 32; caso de nacionales Polacos de Danzig –1931–, Series A/B, N° 44, pág. 24; caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B N° 46, pág. 167 y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el convenio de Sede de las Naciones Unidas –caso de la Misión del PLO– 1988, 12 a 31-2, párr. 47), y han sido además codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (punto III.35 de la Opinión Consultiva citada).

En línea con estos principios, la Corte Interamericana sostuvo también que son muchas las maneras como un Estado puede violar un

tratado internacional y, de manera específica, la Convención. En este último caso, por ejemplo, bastaría con omitir dictar aquellas normas a las que se encuentra obligado por el art. 2 de ella; o bien, la violación podría provenir de dictar disposiciones que no estén de conformidad con las obligaciones que le son exigidas por ese instrumento (punto III.37 de la Opinión Consultiva citada).

En consecuencia, sostuvo la Corte que "...la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado" (punto III.50 de la Opinión Consultiva citada).

Con referencia a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que dieran cumplimiento a una ley violatoria de la Convención, se dispone que "...la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que naturalmente afectan también derechos humanos específicos. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye justificación desde el punto de vista del derecho internacional..." (punto IV 53 y 54 de la Opinión Consultiva citada).

14) Que, en el caso "Barrios Altos", Serie C N° 75, (sentencia del 14 de marzo de 2001, Cap. VII "Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención, párrs. 41/44 y 48), la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que "...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos...", en virtud de que "...Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la per-

petuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana...". Por lo tanto, "...como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables...".

En oportunidad de proceder a aclarar los alcances de la sentencia citada, el Tribunal Internacional expresó "...En cuanto al deber del estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación a la Convención, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que el deber general del Estado, establecido en el art. 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías... En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas... La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional...".

15) Que la ley 23.492 (llamada "de punto final") en su artículo primero sostiene: "Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983".

La norma en cuestión introduce una cláusula excepcional de extinción de la acción penal. En efecto, sólo se incluyeron en la ley delitos presuntamente cometidos por determinados individuos dentro de

un preciso período histórico; se establecía a su respecto un por demás exiguo lapso extintivo, que aparece alejado de cualquier término de proporcionalidad respecto de la escala penal aplicable al hecho establecida con criterio general en el art. 62 del Código Penal; y se fijaban además para esos supuestos precisas y particulares reglas interruptivas del plazo extintivo, también alejadas de la normativa específica establecida en el art. 67 del Código Penal.

16) Que, por su parte, la ley 23.521 (conocida como "de obediencia debida"), en su art. 1° establecía que "...Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1°, de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad...".

Establecía entonces una presunción *iure et de iure* de impunidad, afirmando, sin admitir prueba en contrario, que los sujetos abarcados en la norma, al llevar a cabo los ilícitos comprendidos en ella habían actuado "en virtud de obediencia debida", esto es, en "estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad".

17) Que tal como señala el señor Procurador General en su dictamen, a partir del precedente de Fallos: 315:1492, esta Corte retornó a la doctrina de Fallos: 35:207 acerca de que el art. 31 de la Constitución Nacional establece que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y a cualquier norma interna de jerarquía inferior a nuestra Ley Fundamental, aspecto que fue reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994 al sancionar el art. 75, inc. 22, en su actual redacción, consagrándose así en el pro-

pio texto de la Constitución tal principio así como también, de manera expresa, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

18) Que a poco que se analicen las leyes en cuestión se advertirá que las mismas aparecen en pugna tanto con el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestra Constitución Nacional cuanto de las normas de nuestro orden interno.

Como lógica conclusión, puede afirmarse entonces que el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictar tales normas y que al hacerlo ha vulnerado no sólo principios constitucionales sino también los tratados internacionales de derechos humanos, generando un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

19) Que, en efecto, en lo que atañe a la ley 23.521, resulta insoslayable que la presunción *iure et de iure* de inculpabilidad que se establece en su art. 1° implica una lisa y llana violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles que, en ejercicio de atribuciones propias y excluyentes, los magistrados judiciales examinaran las circunstancias del caso y determinaran en cada supuesto concreto si efectivamente en él se daban las situaciones que aquella ley preanunciaba dándolas por sentado, sin admitir prueba en contrario (conf. disidencias respectivas de los jueces Petracchi y Bacqué en Fallos: 310:1162).

Ambas leyes, además, son violatorias del principio de igualdad ante la ley, ya que aparejan un tratamiento procesal de excepción para los sujetos amparados y, de manera simultánea, privan a las víctimas de los hechos, o a sus deudos, de la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el enjuiciamiento y punición de los autores de los actos ilícitos que los damnifican.

20) Que en cuanto al orden internacional, sin perjuicio de que posteriormente fuera elevada a jerarquía constitucional, lo cierto es que al momento de dictarse las leyes en cuestión, ya contaba con aprobación legislativa la Convención Americana sobre Derechos Humanos

–ley 23.054, sancionada el 1° de marzo de 1984–. Dicha Convención, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida e indica que ello ha de establecerse a través de la ley (art. 4). Asimismo, entre los derechos civiles y políticos, reconoce el derecho a la integridad física y a "no ser sometido a torturas" (art. 5), así como también el derecho a la libertad personal (art. 7). También en su art. 25 establece el deber de los estados de garantizar a las personas la posibilidad de acudir a los tribunales a procurar el amparo contra aquellos actos "...que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...".

De manera simultánea fija la obligación para los Estados de "...Adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (art. 2), así como "respetar los derechos y libertades reconocidos y a garantizar su libre y pleno ejercicio" (art. 1).

21) Que por su parte, a través de los arts. 2.1 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –ley 23.313, sancionada el 17/4/86, vigente por lo tanto en el derecho interno al momento de sanción de las leyes de marras– el Estado argentino asumió el aseguramiento y protección de las garantías judiciales referenciadas en los arts. 1.1 y 2 de la citada Convención.

22) Que asimismo también se hallaba vigente entonces la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes –ley 23.338, sancionada el 30/7/86–, que en su preámbulo menciona de manera expresa "...la obligación que incumbe a los estados en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas], en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales...", y en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2), y veda cualquier posibilidad de exculpar el hecho invocando "...una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública..." (2.3).

23) Que como consecuencia de lo expuesto, resulta incontrovertido que al mismo momento de su sanción, en tanto las leyes 23.492 y 23.521 tenían por efecto liso y llano impedir las investigaciones tendientes a

determinar la responsabilidad individual por la comisión de graves delitos cometidos durante la vigencia del gobierno de facto instaurado entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, y su punición respecto de los autores, encubridores y cómplices, resultaban a todas luces violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

24) Que en abono de lo expuesto, cabe mencionar las opiniones vertidas por los órganos interpretativos de tales convenciones sobre derechos humanos, en particular en lo que atañe a temas tales como prescripción, amnistía y obediencia debida.

25) Que con relación a la opinión vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" Serie C N° 75 (sentencia del 14 de marzo de 2001, Cap. VII "Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención", párrs. 41/45), cabe remitir a las ponderaciones expresadas en el considerando 14, para evitar repeticiones innecesarias.

Baste decir que, en dicho caso, el tribunal internacional no se limitó a decretar la inaplicabilidad de la ley de amnistía al caso concreto que se le sometía a conocimiento, sino su invalidez, abarcando además de las disposiciones sobre amnistía, aquellas referidas a "...prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad..." en tanto tenían por fin –como en el caso que ocupa decidir–, "...impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...".

26) Que en el Informe 28/92, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al analizar las leyes 23.492 y 23.521, así como también el decreto de indulto 1002/89, concluyó en que todos ellos eran incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

27) Que por su parte, el Comité de Derechos Humanos –creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– con relación al

"caso argentino", expresó que las leyes de obediencia debida y de punto final, y el decreto de indulto presidencial de altos oficiales de las fuerzas armadas, resultan contrarios a los principios del Pacto, pues niegan a las víctimas de violaciones a los derechos humanos durante el período en que se instauró el último gobierno de facto, el acceso a un recurso efectivo, con la consecuente trasgresión de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5/4/95, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40, párr. 144-165).

Con posterioridad, dijo además que pese "...a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la ley de obediencia debida y la ley de punto final... las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores..." (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3/11/2000 CCPR/CO/70/ARG).

Por último, el pasado año, sostuvo que "...en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados no podrán eximir a los autores de responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías y anteriores inmunidades. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones..." (Comité de Derechos humanos, Observación general N° 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, aprobada en la 2187° sesión, celebrada el 29 de marzo de 2004, págs. 17 y 18).

28) Que finalmente, en idéntico sentido el Comité contra la Tortura declaró que las llamadas "leyes de punto final" y de "obediencia debida" eran incompatibles con las obligaciones del Estado argentino respecto de la Convención (casos N° 1/1998, 2/1988 – O.R.H.M. y M.S. c/ Argentina).

29) Que por lo tanto, resulta palmario que las leyes 23.492 y 23.521, que apuntaban a procurar la impunidad de los hechos en ellas con-

templados tenían vicios originarios por su grave infracción al derecho internacional de los derechos humanos.

Como consecuencia de ello, es que se sancionó la ley 25.779, a través de la cual se declaran "...insanablemente nulas..." las leyes de mención.

Del debate parlamentario de dicha norma se advierte que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar aquella infracción, y cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de hechos como aquellos que son materia de la presente causa, extremo que no había sido cubierto por la ley 24.952, cuyo art. 2 derogaba esas normas.

De allí que habrá de consagrarse la validez constitucional de la ley 25.779.

Mas ello, por sí solo, no resulta suficiente.

En efecto, la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en el caso "Barrios Altos", expuesta en los considerandos 14 y 25, torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultractividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura, en el ámbito de las respectivas competencias, respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio nacional.

30) Que por otra parte, no puede soslayarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, aun cuando los mismos hubieran sido cometidos fuera de su jurisdicción territorial o no guardaran relación

con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial (Informe N° 133/99 caso 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999, párrs. 136 a 149 y punto 2 de las recomendaciones). Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina.

31) Que respecto del agravio vinculado con la supuesta lesión a la garantía de ley penal más benigna, *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*, referenciados en el considerando 6°, párrafo tercero, esta Corte sostuvo en oportunidad de resolver la causa A.533.XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita –causa N° 259–", sentencia del 24 de agosto de 2004, que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas] y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aun cuando no existía al momento de los hechos –cabe recordar que se trataba de ilícitos acaecidos con anterioridad a aquellos que se pretendió amparar bajo las leyes en cuestión– "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad" (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso Godinez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a "que la expresión

desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)" (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación", sentencia del 15 de abril de 2004, –considerando 13–, Fallos: 327:954).

También expresó este Tribunal que "...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos..., pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional...", y que su carácter de "imprescriptibles" se deriva de la costumbre internacional que el Estado argentino había contribuido a formar en esa dirección –con antelación a la ocurrencia de los hechos amparados en las leyes en análisis, conforme se desprende del considerando 13 del citado fallo, parcialmente transcripto más arriba–, de modo que la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad "...ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional" (conf. considerandos 16, 31 y 32, del fallo dictado por esta Corte en la causa "Arancibia Clavel").

32) Que en consecuencia, los hechos contemplados en las leyes 23.492 y 23.521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para la Argentina, con antelación a su comisión, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad.

De tal modo, en manera alguna puede argumentarse que se trate de una aplicación retroactiva de la Convención al caso, puesto que la esencia que se recoge en el instrumento internacional era la regla según la costumbre internacional que se encontraba vigente desde la

década de 1960, a la cual adhería el Estado argentino criterio que, por otra parte fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Barrios Altos” (considerandos 33, 34 y 35).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.– Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.– Declarar la validez de la ley 25.779.

3.– Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.– Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto del juez Petracchi.

12) Que es indudable la trascendencia institucional que tiene la presente causa para la Nación Argentina, no sólo por el carácter de los acontecimientos pasados que se juzgan, sino también por las suce-

sivas disposiciones legislativas y judiciales que sobre ellos han recaído, todo lo cual obliga a una extrema prudencia en el juicio.

La práctica constitucional, al igual que las catedrales medievales en cuya edificación intervenían varias generaciones, es una obra colectiva que se perfecciona a través de los años y con el aporte de varias generaciones (Nino, Carlos, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, 1992). Quienes tomaron decisiones, legislaron o dictaron sentencias en los últimos treinta años hicieron su valioso aporte en las situaciones que les tocaron vivir. Pero en la hora actual, es deber de esta Corte, tomar en cuenta el grado de maduración que la sociedad muestra sobre la concepción de la justicia, entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación (Rawls, John, "Teoría de la justicia", México, Fondo de Cultura Económica, 1971; del mismo autor "Justice as Fairness. A Restatement", Ed Erin Kelly, Harvard, 2001; Barry, Brian, "Justice as imparciality", Oxford, Clarendon Press, 1995) y que no son otros que los del estado de derecho. Nuestro deber en la hora actual es garantizar, de modo indubitable, la vigencia plena y efectiva del estado de derecho para quienes habitan esta Nación y para las generaciones futuras.

13) Que la resolución recurrida ha calificado a los delitos imputados dentro de la categoría de "crímenes contra la humanidad" consistentes en la privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí.

La descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como "crímenes contra la humanidad" porque: 1– afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2– son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.

El primer elemento pone de manifiesto que se agrede la vida y la dignidad de la persona, en cuanto a su pertenencia al género humano, afectando aquellos bienes que constituyen la base de la coexistencia social civilizada. Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son "fundantes" y "anteriores" al estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el Gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales.

El segundo aspecto requiere que la acción no provenga de otro individuo aislado, sino de la acción concertada de un grupo estatal o de similares características que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física de quienes lo integran o la aplicación de tormentos. No se juzga la diferencia de ideas, o las distintas ideologías, sino la extrema desnaturalización de los principios básicos que dan origen a la organización republicana de gobierno. No se juzga el abuso o el exceso en la persecución de un objetivo loable, ya que es ilícito tanto el propósito de hacer desaparecer a miles de personas que piensan diferente, como los medios utilizados que consisten en la aniquilación física, la tortura y el secuestro configurando un "Terrorismo de Estado" que ninguna sociedad civilizada puede admitir. No se juz-

ga una decisión de la sociedad adoptada democráticamente, sino una planificación secreta y medios clandestinos que sólo se conocen muchos años después de su aplicación. No se trata de juzgar la capacidad del Estado de reprimir los delitos o de preservarse a sí mismo frente a quienes pretenden desestabilizar las instituciones, sino de censurar con todo vigor los casos en que grupos que detentan el poder estatal actúan de modo ilícito, fuera del ordenamiento jurídico o cobijando esos actos con una ley que sólo tiene la apariencia de tal. Por ello, es característico de esos delitos el involucrar una acción organizada desde el Estado o una entidad con capacidad similar, lo que comprende la posibilidad del dictado de normas jurídicas que aseguran o pretenden asegurar la impunidad.

En el caso, Julio Simón es acusado de delitos que contienen los elementos de calificación mencionados, ya que actuó en su condición de miembro de la Policía Federal Argentina y ejecutando un plan que incluía la persecución de personas por razones políticas. La existencia de estos hechos ha quedado plenamente acreditada, al menos al extremo necesario para fundar el auto de mérito que el recurrente impugna.

14) Que entiende esta Corte Suprema que esos hechos están bien calificados jurídicamente por lo antes dicho, y también para la etapa procesal en la que dicta la resolución de grado.

15) Que efectuada esta calificación del tipo, corresponde examinar los complejos problemas jurídicos que revelan las cuestiones planteadas en autos, relativas a la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, denominadas respectivamente de “punto final” y “obediencia debida”, acerca de la ley 25.779 que declara la nulidad de ambas y la extensión del principio de legalidad.

Esta Corte entiende que debe darse una respuesta precisa a estas cuestiones, ya que el estado de derecho no puede estar basado en simples razones de excepción, ni prescindir de fundados principios jurídicos que confieran estabilidad a las decisiones y den seguridad jurídica a los ciudadanos.

16) Que la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los mencionados delitos, es la Constitución Nacional (art. 31 Constitución Nacional) en tanto norma fundamental de reconocimiento del estado de derecho. Para estos fines, aquélla debe ser entendida

como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

17) Que para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo. La idea de que existe un doble derecho integrado por las normas internacionales que deben ser adoptadas o incorporadas a nuestro derecho interno, o de que configuran normas constitucionales de segundo rango, no se compadece con la clara disposición de la Constitución Argentina ya citada en materia de derechos humanos. Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Fallos: 315:1492; 318:514). La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones.

18) Que estas fuentes revelan la existencia de un derecho humanitario constitucionalizado (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) que debe ser interpretado conforme al principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional), para proveer de la suficiente seguridad jurídica que reclama el estado de derecho.

La invocación de un derecho supra legal para desconocer límites de legalidad no permite aventar los riesgos que la experiencia histórica ha revelado, ya que hay numerosas versiones del derecho natural (Alfred Verdross, "La filosofía del derecho del mundo occidental", México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1962; Hans Welzel, "Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material", Madrid, Aguilar, 1971). Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo derechos naturales –con ese u otro nombre– autorita-

rios y totalitarios. Es suficientemente conocido que la legislación penal del nacional-socialismo apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo (Edouard Conte-Cornelia Essner, "Culti di sangue, Antropología del nazismo", Roma, Carocci Editore, 2000; Michael Burleigh-Wolfgang Wippermann, "Lo Stato razziale", Germania 1933-1945, Milano, Rizzoli, 1992; George L. Mosse, "La cultura nazi", Barcelona, Grijalbo, 1973), o que el stalinismo se fundó en principios de la sociedad socialista (así: Stucka-Pasukanis-Vysinskij-Strogovic, "Teorie sovitiche del diritto", Milano, Giuffré, 1964). Sin embargo, la reacción alemana frente a las atrocidades del nazismo provocó un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del jusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias emanadas del Tribunal Constitucional de dicho país. La apelación a un derecho supra legal se llevó a cabo especialmente por la vía de la "naturaleza de las cosas" (sobre ello, Alessandro Baratta, "La teoría della natura del fatto alla luce della 'nuova retorica'", Milano, Giuffré, 1968; Luis Recaséns Siches, "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica 'razonable'", México, UNAM, 1971; Ernesto Garzón Valdés, "Derecho y 'naturaleza de las cosas', Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo", Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970).

Cabe advertir que media una notoria diferencia entre el momento en que este debate tuvo lugar y el presente. En la posguerra no había constitución en Alemania; la Constitución de la República Federal se sancionó en 1949 y en ese momento las perspectivas de la Carta de Bonn no eran mejores que las de Weimar treinta años antes. En el plano universal sólo existía la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundamental pero realmente débil en ese momento, pues la aceptación de su consideración como derecho imperativo ("*ius cogens*") es muy posterior a los primeros años de la posguerra. Tampoco existía en Europa un sistema regional de Derechos Humanos; la Convención de Roma data de 1950 y su ratificación y puesta en funcionamiento para todo el continente fueron muy posteriores y graduales. En otras palabras, no se había positivizado suficientemente el derecho internacional de los derechos humanos y aún eran débiles las leyes nacionales.

La consagración de los derechos humanos se obtuvo primero en las constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos. Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supra

legal, pues carecían de constituciones. Por ello, Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La incorporación de derechos en las constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supra legales, pero luego las constituciones fallaron, los estados de derecho constitucionales se derrumbaron y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los derechos humanos se internacionalizaron y globalizaron. En efecto, a partir de las declaraciones de derechos realizadas en las revoluciones estadounidense y francesa, y en los dos siglos posteriores, se producen los dos procesos que Treves llamó de "positivización" de los derechos y principios contenidos en ellas –al primero de ellos– y, luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de "internacionalización" de los mismos derechos positivizados (Renato Treves, "Diritti umani e sociología del diritto" en Renato Treves y Vicenzo Ferrari –coords., "Sociologia dei Diritti Umani", Milano, Franco Angelo, 1989). Este último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro. Ello es consecuencia del ambiente cultural y político del cual nacen la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y por lo tanto, como afirma Ferrajoli, el anti-fascismo es el rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la segunda guerra mundial. Tras comprobar que las mayorías requieren de límites que están en las propias constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales (Luigi Ferrajoli, "El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado" en Revista "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, del Puerto, tomo 2002/B) surge un nuevo enfoque basado en la Democracia Constitucional.

19) Que la afirmación de que la fuente normativa es el derecho internacional humanitario positivizado, permite seguir admitiendo una regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es (Herbert L. Hart, "The concept of law", Oxford, Clarendon Press, 1961), lo que no impide dos aseveraciones complementarias.

El derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho (Lon Fuller, "The morality of law", New Haven, Yale University Press, 1969). Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos (Jürgen Habermas, "Derechos humanos y Soberanía popular. Concepción liberal y republicana", en "Derechos y Libertades", número 3, Madrid, Universidad Carlos III, 1994). Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insoportable contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer (Robert Alexy, "La decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", en Revista "Doxa", Alicante, 1997).

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto "derecho injusto" deba retroceder ante la justicia. Esta es la "fórmula Radbruch" (Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946) – traducción española bajo el título "Arbitrariedad legal y Derecho supralegal", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962) que, si bien tiene un claro origen iusnaturalista, puede ser ajustada al canon hermenéutico de la previsibilidad por la vía del control ético y del principio lógico interno del derecho. En este sentido puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica (John Finnis, "Aquinus. Moral, Political and legal Theory", Oxford, Oxford University Press, 1998, y "Natural law and natural rights", Oxford, Clarendon Press, 1980).

Este criterio fue aplicado recientemente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Caso "Guardianes del muro" – "Mauerschützen", del 24 de octubre de 1996) en una decisión ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania", Estrasburgo, 22 de marzo de 2001), en la que ambos tribunales negaron legitimidad a la excusa que invocaron los guardianes del muro de Berlín para asesinar en cumplimiento

de la ley. Se afirmó en dichos fallos que existían principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles en el origen mismo de la acción, por lo que no puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley ni violación alguna al principio de legalidad.

La segunda vertiente complementaria es la existencia del "Derecho de Gentes" reconocido tempranamente en el derecho argentino. El art. 118 de la Constitución Nacional recepta esta fuente y se ha reconocido la competencia de los jueces nacionales para juzgar conforme a derecho de gentes (art. 4 de la ley 27 y art. 21 de la ley 48). Ello implica admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de los juristas, que constituyen un orden común a las naciones civilizadas. Se trata de una antigua tradición valorada por los más antiguos e importantes juristas de la tradición anglosajona (William Blackstone, "Commentaries on the Laws of England", 16th. edition, London, Cadell and Butterworth) e iberoamericana (Francisco Suárez, "De legibus", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967).

El derecho de gentes es claro en sus efectos, ya que se reconoce su carácter imperativo ("*ius cogens*"), pero su contenido es todavía impreciso en las condiciones actuales del progreso jurídico, por lo cual es necesario obrar con suma cautela y reconocerle el carácter de fuente complementaria a los fines de garantizar su aplicación sin que se lesione el principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional). Es necesaria la prudencia extrema en el campo de la tipificación de los delitos internacionales con base en el denominado derecho de gentes. No obstante, en lo que respecta a esta causa, la violación de derechos humanos y el genocidio están ampliamente reconocidos como integrantes del derecho de gentes.

20) Que definido con claridad el bloque de constitucionalidad en materia de delitos de lesa humanidad, corresponde examinar si las leyes denominadas "de obediencia debida" y "punto final", invocadas por la defensa y descalificadas por los tribunales de grado, se ajustan o no al mandato de la Carta Magna.

21) Que la ponderación de las leyes cuestionadas con relación al bloque de constitucionalidad vigente a la época de su sanción, conduce a la afirmación de su inconstitucionalidad.

Las leyes 23.492 y 23.521 fueron sancionadas el 29 de diciembre de 1986 y el 4 de junio de 1987 respectivamente, es decir que ambas fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizada en el año 1984. En el caso resulta relevante especificar lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Barrios Altos" Serie C N° 75, (sentencia del 14 de marzo de 2001) que ha señalado que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

También resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y alcance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina.

22) Que siendo este argumento suficiente para su descalificación, corresponde examinar otros aspectos específicos, para dar satisfacción a los imputados en el ejercicio de su derecho de defensa.

23) Que desde las primeras versiones sobre lo que es el derecho se reconocía algo parecido al principio de la realidad. De esa forma se aceptaba que existían hechos que no pueden olvidarse. Ello regía, en las diferentes versiones de derecho natural o de derecho positivo, también sobre las facultades que tiene el propio soberano. Es así que desde que el adjetivo "*amnemon*" (olvidadizo) se sustantivó en la Atenas que deseaba pasar página tras la dictadura de los Treinta tiranos, dando lugar al primer "soberano acto de olvido" o "amnistía", se reconocía que no todo hecho podía encuadrar en ese tipo de decreto. En la evolución mencionada se arriba a la "*comunis opinio*" de que los delitos de lesa humanidad no deberían ser amnistiados. Tras la positivización e internalización de los derechos humanos, aquellos hechos (los delitos de lesa humanidad) que no "pueden" olvidarse, tampoco "deben" olvidarse. Esa afirmación integra el corpus de nuestra Constitución Nacional.

La ley 23.492 dispuso que “se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”. En este sentido la ley tiene una finalidad clara que, por sus efectos, puede ser encuadrada dentro de la noción de amnistía.

No es preciso que esta Corte juzgue las finalidades que motivaron al legislador de la época, ni es necesario determinar si el propósito de obtener la “paz social” fue logrado por ese medio. Lo cierto es que, dado el grado de madurez del derecho internacional humanitario obligatorio, juzgado en la actualidad, no es posible sostener válidamente su constitucionalidad y para ello es suficiente con la remisión ya efectuada a lo resuelto en el caso “Barrios Altos” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para dictar leyes de amnistía (art. 75 inc. 20 Constitución Nacional). Pero una ley que clausura no sólo las penalidades sino la propia investigación y condena, priva de toda satisfacción moral a una comunidad aún profundamente dolida por los tremendos horrores sucedidos en esos años.

Nuestros constituyentes originarios quisieron terminar de una vez y para siempre con la tortura del opositor político, no sólo para transformar las conductas del presente que les tocó vivir, sino para que el futuro se basara en el debate de ideas y no en la supresión física del opositor. Lamentablemente no hemos cumplido ese deseo, pero lo incumpliríamos aún más si los delitos fueran objeto de amnistía, ya que no serían eliminados para siempre como manda el art. 18 de la Constitución Nacional.

Es necesario señalar, entonces, lo dicho sobre que aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, conforme se ha dicho, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas.

24) La ley 23.521, al invadir esferas propias del poder judicial y al consagrar una eximente basada en la obediencia de órdenes reconocibles como ilegales es inconstitucional. La mencionada ley dispone (art. 1°) que "se presume, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de órdenes".

Esta ley presenta varias objeciones constitucionales relevantes.

En primer lugar, impone a los jueces una determinada interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento en una causa o controversia (opinión del ministro Bacqué en su disidencia en Fallos: 310:1162). El Honorable Congreso de la Nación tiene facultades para establecer presunciones generales, pero en la norma que se analiza se observa que se dirige a un grupo de casos específicamente delimitados subjetiva y objetivamente, con la clara intención de sustraerlos al juzgamiento por parte del Poder Judicial de la Nación, lo cual afecta la división de poderes.

En segundo lugar, consagra una eximente respecto de quienes han obrado en cumplimiento de órdenes claramente reconocibles como ilícitas, lo que es contrario a principios de una larga tradición jurídica que hoy tiene rango constitucional.

Ya en el derecho romano se limitó la obediencia debida a los hechos que carezcan de la atrocidad del delito grave ("*quae non habent atrocitaten facinoris*") (Digesto, L.43, Libro 24, Título III), regla que fue mantenida en el medioevo a través de los glosadores y postglosadores (Baldo, Bártolo) y en el derecho de inspiración cristiana que siempre consideró que no se podían justificar las conductas que se amparaban en órdenes contrarias a la ley divina.

Esta tradición jurídica no fue ignorada por los fundadores de la patria al declarar que "quedan abolidos para siempre la pena de muerte

por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes" (art. 18 Constitución Nacional).

Existe entonces una regla de comportamiento ético constitucionalizada que es una frontera que debe ser respetada tanto por quienes reciben este tipo de órdenes como para el legislador que pretenda legitimarlas.

25) Que corresponde fijar con precisión los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Las leyes mencionadas deben ser descalificadas por su inconstitucionalidad y además deben removerse los obstáculos para cumplir con las obligaciones internacionales del Estado Nacional en esta materia. En efecto: la clara jurisprudencia de "Barrios Altos" ya citada, exige que ningún efecto de esas leyes pueda ser operativo como obstáculo a los procesos regulares que se llevan o deban llevarse a cabo respecto de las personas involucradas en los crímenes de lesa humanidad cometidos en el período comprendido por ellas.

26) Que cabe examinar la ley 25.779 sancionada por el Honorable Congreso de la Nación en cuanto declara *insanablemente nulas* las leyes 23.492 y 23.521.

27) Que la sanción de la ley mencionada es una clara demostración de los esfuerzos de la Nación Argentina para cumplir con las normas internacionales a las que se había obligado. Es sin duda loable el propósito del Congreso de la Nación en este aspecto, así como lo es también el esfuerzo argumentativo realizado por los legisladores en la fundamentación de la ley en una abrumadora coincidencia de opiniones. En este sentido, se dijo que nada hay que impida al Congreso revisar sus propios actos (según palabras del señor diputado Díaz Bancalari en su debate parlamentario) y se invocó la necesidad de cumplir los criterios internacionales en la materia que surgen de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por el Congreso (conforme lo expresado por los señores senadores Terragno y Perceval), con la finalidad de ejercer un control general y preventivo respecto de la inconstitucionalidad de las normas (señora diputada Carrió), existiendo una clara coincidencia en que es competencia del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad en un caso concreto. En definitiva, se ha cumplido con la obligación que tiene el Estado de introducir en el derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Corresponde señalar que el Honorable Congreso de la Nación ha expresado un consenso sobre la necesidad de desmontar los efectos de las leyes referidas que es de un valor indudable para esta Corte Suprema, que no debe ignorar el estado de conciencia mayoritario de la comunidad en un tiempo determinado. También es necesario poner de relieve la prudencia de la norma al emplear un lenguaje declarativo pero no directamente anulatorio.

Establecidos estos efectos jurídicos declarativos de la ley 25.779, corresponde delimitar con precisión otros aspectos.

28) Que el meritorio efecto declarativo que se le reconoce a la ley 25.779 debe ser interpretado armónicamente con los límites que la Constitución Nacional y el derecho infraconstitucional establecen para el específico efecto de nulidad.

Por ello, el primer y básico cuestionamiento se refiere a la competencia del Honorable Congreso de la Nación. Se ha señalado que el parlamento inglés tenía amplias facultades fundadas en la necesidad de luchar contra la monarquía, y podía hacer de todo, menos cambiar el orden de la naturaleza" (Lord Holt, citado en O. M. Wilson, "Digesto de la Ley Parlamentaria", traducido del inglés con autorización del Senado y encargado de la Comisión de Revisión de Reglamento por A. Belin, Buenos Aires, 1877, p. 195; Manuel Rivacoba y Rivacoba, "Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida", en Revista "Doctrina Penal", volumen 10, Buenos Aires, Depalma, 1987). Esta configuración cambió con el tiempo y especialmente en el sistema adoptado en nuestro país, basado en la separación de poderes, con límites que no puede exceder, sin riesgo de que sus leyes no se apliquen por decisión de los jueces, que devienen controladores de estos límites. Este es el sentido del control difuso de constitucionalidad de origen norteamericano que inspira a nuestra Constitución Nacional. El Poder Legislativo no puede ejercer la jurisdicción, más que en los casos y condiciones que la Constitución establezca y con los alcances y efectos previstos en ésta. Esta limitación es reconocida por el propio Congreso Nacional en el debate legislativo de la ley 25.779. Ninguno de los argumentos sostenidos para defender en el caso esta potestad del Congreso ha pretendido que éste se encuentra habilitado para anular cualquier ley y menos cualquier ley penal en cualquier circunstancia. Por el contrario, todos los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley 25.779 han discurrido sobre la

base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional.

El Congreso Nacional puede ejercer un control preventivo de constitucionalidad en oportunidad de debatir un proyecto de ley. Una vez sancionada la norma, si detecta una inconstitucionalidad o ella ha sido declarada por un juez, puede ejercer un control reparador derogándola con efectos para el futuro. Pero es necesario establecer con toda precisión que, de acuerdo con nuestra Constitución, la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de modo excluyente, la declaración de su inconstitucionalidad en un caso por parte de un tribunal de justicia.

El segundo argumento es la situación excepcional. La tesis que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, aunque pueda ser entendido en la situación dada, no puede ser admitido como un criterio general válido para justificar la nulidad de las leyes. En el momento de la sanción de las leyes había una situación delicada invocada por el legislador, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema. Pero si se permitiera que el Congreso estableciera nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción, se introduciría una inseguridad jurídica formidable, ya que serían numerosas e imprecisas las situaciones en las que se podría invocar presiones y necesidades, propias de la actividad legisferante.

El tercero, es la aplicación extensiva del art. 29 de la Constitución Nacional. Sin embargo, de la letra de este artículo surge claramente que esas leyes configuran una hipótesis no contemplada en su texto. Por ende, no se trataría de una interpretación extensiva del art. 29, sino de una integración analógica de ese texto, la cual puede ser violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a la legalidad de los tratados internacionales incorporados a la Constitución.

El cuarto, es el derecho natural, el que no es necesario invocar, por las razones ya apuntadas en considerandos anteriores, ya que el derecho internacional de los derechos humanos, que forma un plexo único con el derecho nacional, confirmado por el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, hace ineficaces las leyes que la ley 25.779 declara nulas.

El quinto argumento es la coherencia del ordenamiento jurídico, lo cual, *per se*, no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial.

29) Que efectuadas las precisiones del considerando anterior, que llevan a sostener el carácter declarativo de la ley 25.779 y la imposibilidad de concederle un efecto nulificante, es deber de esta Corte agotar las posibles interpretaciones de la ley 25.779 antes de concluir en su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional, conforme a un elemental principio de economía hermenéutica y prudencia que debe regir las decisiones judiciales.

Para estos fines corresponde distinguir entre “norma” y “enunciado normativo”, y afirmar que toda ley es un “enunciado normativo” que nos permite deducir la “norma” (Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, páginas 50 y siguientes). Así, el art. 79 del Código Penal es un enunciado normativo, pero la norma es el “no matarás”. El art. 1° de la ley 25.779 también es un enunciado normativo, en tanto que la norma es “prohibido reconocerle cualquier eficacia a las leyes 23.492 y 23.521”.

La norma ya estaba en el derecho vigente sobre la base del bloque de constitucionalidad descripto en los considerandos precedentes.

El Congreso debía remover los obstáculos para que la norma fuera aplicable, cumpliendo con las convenciones internacionales a las que había dado vigor. Tal como se ha señalado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa citada en el considerando 21 del presente voto consideró que “las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagra-

dos en la Convención Americana acontecidos en Perú". Esta jurisprudencia es –sin duda– aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas últimas sería considerada un incumplimiento internacional susceptible de ser sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Congreso de la Nación se encontraba ante una norma que integraba el ordenamiento jurídico y que debía dejar sin efecto para remover los obstáculos que impedían su aplicación, y concurrió un hecho nuevo.

Este hecho posterior es la operatividad real del principio universal.

Sabido es que comenzaron a promoverse acciones de persecución penal por los hechos que se investigan en esta causa ante varios tribunales de otros países, porque en la República existían impedimentos legales que no eran removidos. Cualquiera sea la opinión que se tenga acerca del funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía.

Hoy las normas que obligan a la República en función del ejercicio que hizo de su soberanía, le imponen que ejerza la jurisdicción, claro atributo de la propia soberanía, so pena de que ésta sea ejercida por cualquier competencia del planeta.

Es claro que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que ésta, en nuestro sistema, emana del pueblo. En consecuencia, el principio universal deviene operativo cuando un Estado no ha ejercido su soberanía y, por ello, los restantes estados de la comunidad internacional quedan habilitados para hacerlo. Un Estado que no ejerce la jurisdicción en estos delitos queda en falta frente a toda la comunidad internacional.

La dignidad de la República en la comunidad internacional, exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y su soberanía.

Este es el fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del *nomen juris*, mediante la ley 25.779 quita todo efecto a las leyes cuya constitucionalidad se discute en estas actuaciones. Si la ley 25.779 no se hubiese sancionado, sin duda que serían los jueces de la Nación y esta Corte Suprema quienes hubiesen debido cancelar todos los efectos de las leyes 23.492 y 23.521. La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda al respecto y permite la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial. En tal sentido, el Congreso de la Nación no ha excedido el marco de sus atribuciones legislativas, como lo hubiese hecho si indiscriminadamente se atribuye la potestad de anular sus propias leyes, sino que se ha limitado a sancionar una ley cuyos efectos se imponen por mandato internacional y que pone en juego la esencia misma de la Constitución Nacional y la dignidad de la Nación Argentina.

30) Que es necesario responder a las objeciones basadas en el principio de legalidad reconocido en la Constitución Nacional.

En este sentido, el bloque de constitucionalidad debe ser interpretado de manera armónica como se dijo en los considerandos anteriores. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Ley Fundamental establece. Más aún, el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas "*pro homine*", lo que está claramente expresado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución al establecer el principio no derogatorio.

La ilicitud de las conductas existía con anterioridad a los hechos y estaba claramente descripta en el Código Penal Argentino, en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohibía las torturas, en el principio moral descripto en considerandos anteriores y en el derecho de gentes.

Sobre este punto no hay dudas en nuestro sistema ni en el derecho comparado. Al respecto, conviene recordar nuevamente al Tribunal

Europeo de Derechos Humanos en el ya mencionado caso "Streletz, Kessler, y Krenz vs. Alemania", en el cual los imputados invocaron que, en vista de la real situación en la RDA sus condenas por los tribunales alemanes no habían sido previsibles y que habría sido absolutamente imposible para ellos prever que algún día serían conducidos ante un tribunal penal a causa del cambio de circunstancias. El Tribunal sostuvo que esa argumentación no lo convencía, ya que "la amplia separación existente entre la legislación de la República Democrática Alemana (RDA) y su práctica fue en gran parte la obra de los propios peticionantes. A causa de las muy importantes posiciones que ellos ocupaban en el aparato estatal, evidentemente no podían haber sido ignorantes de la Constitución y la legislación de la RDA, o de sus obligaciones internacionales y de las críticas que internacionalmente se habían hecho de su régimen de policía de frontera. Además, ellos mismos habían implementado o mantenido tal régimen, colocando por sobre las previsiones legales publicadas en el boletín oficial de la RDA órdenes secretas e instrucciones de servicio sobre la consolidación y perfeccionamiento de las instalaciones de protección de la frontera y el uso de armas de fuego. En la orden de disparar dada a los guardias fronterizos ellos habían insistido en la necesidad de proteger las fronteras de la RDA "a cualquier precio" y de "arrasar a los violadores de frontera" o "aniquilarlos". Por lo tanto los peticionantes fueron directamente responsables por la situación que existía en la frontera entre los dos estados alemanes desde comienzos de los 60 hasta la caída del Muro de Berlín en 1989. Agrega que "una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que flagrantemente viola los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, que es el valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos, no puede estar cubierta por la protección del art. 7 de la Convención. Dicha práctica, que vació de contenido a la legislación sobre la cual se suponía que estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descripta como "derecho" en el sentido del art. 7 de la Convención".

En conclusión, no hay una violación del principio "*nulla poena sine lege*", en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho.

31) Que con referencia a las leyes 23.492 y 23.521, no vale argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vi-

gente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan dichos textos. Cualquiera sea el *nomen juris* y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984 y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional –del que sólo puede ser responsable el Estado Argentino– lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación.

32) Que también cabe rechazar el argumento sobre la imprescriptibilidad, ya que ésta es una de las características de los delitos de lesa humanidad.

Tal como lo señala el señor Procurador General, el derecho internacional impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa “Arancibia Clavel” ya decidido por esta Corte Suprema (A.533.XXXVIII., sentencia del 24 de agosto de 2004). Al respecto cabe citar la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad (art. 1°), la Convención Americana sobre Desaparición de Personas (art. 9°) así como la interpretación de tribunales internacionales. En el mismo sentido cabe referir de nuevo, por su influencia en el derecho argentino, lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re* “Barrios Altos” que, con relación al tema ha dicho que “son inadmisibles... las disposiciones de prescripción... que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

El principio de legalidad está cumplido en este aspecto.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1.– Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2.– Declarar la validez de la ley 25.779.

3.– Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4.– Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 6° del voto del juez Petracchi.

7°) Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisible en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudio Legales y Sociales) para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva. Por otra parte, en el caso la parte recurrente no ha demostrado que se verifique una situa-

ción que autorice a equiparar esta resolución a una sentencia definitiva, es decir, que aún sin tratarse del pronunciamiento final al que se refiere el artículo 14 de la ley 48, impida la continuación del proceso o resuelve un punto constitucional sin posibilidad de revisarlo en una etapa posterior.

8°) En relación con el segundo de los agravios mencionados, la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones ha sido contraria a la validez de las leyes federales 23.492 y 23.521 (artículo 14.1 de la ley 48) y también al derecho que la defensa fundó en dichas leyes, a saber el derecho de las personas imputadas en la causa a no ser sometidas a proceso por los hechos investigados (artículo 14.3 de la ley 48). Por otra parte, el punto constitucional en cuestión no podrá ser revisado en la sentencia definitiva, pues el derecho a no ser sometido a proceso se extinguiría, precisamente, con el dictado de dicha sentencia que convertiría a los procesados en personas condenadas o absueltas.

Es definitivo el pronunciamiento también en el sentido de que las cuestiones federales no pueden ser revisadas por ningún otro tribunal, pues el auto de procesamiento no es de aquellas resoluciones contra las cuales puede interponerse el recurso de casación (artículos 457, 458 y 459 del Código Procesal Penal de la Nación). Con el alcance indicado, el recurso extraordinario interpuesto resulta admisible.

9°) El punto que debe tratar esta Corte es, entonces, si en las leyes 23.492, 23.521 o en las normas sobre prescripción de la acción contenidas en el Código Penal puede apoyarse el derecho subjetivo a no ser sometido a proceso por los hechos objeto de esta causa o si, como lo ha resuelto la Cámara de Apelaciones, existe un obstáculo constitucional para el reconocimiento de ese derecho.

10) La resolución recurrida ha clasificado los delitos imputados en la categoría de crímenes contra la humanidad, consistentes en privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (artículo 118 C.N.; 55, 144 bis, inc. 1° y último párrafo –ley 14.616– en función del art. 142, incs. 1° y 5° –ley 21.338– 144 ter, párrafos primero y segundo –ley 14.616– todos del Código Penal).

El debate sobre el acierto de la clasificación como delitos de lesa humanidad, así como la discusión sobre la prueba de los hechos y la aplicación de la ley penal interna, no está cerrada y puede reproducirse y desarrollarse con total amplitud en ocasión del juicio oral que culminará con el dictado de la sentencia definitiva. El tribunal de juicio, y los que intervengan por recurso contra la sentencia definitiva, no se verán en absoluto limitados por lo que haya resuelto la Cámara de Apelaciones en la resolución confirmatoria del auto de procesamiento, que es ahora materia de recurso extraordinario.

Por tal razón, lo único que cabe examinar a esta altura del proceso por la Corte Suprema son los argumentos esgrimidos por los recurrentes contra uno de los efectos de esa clasificación, a saber: el deber del Estado de establecer judicialmente quiénes han sido sus responsables como opuesto al derecho invocado por la defensa.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad resulta, por lo que diré, en principio plausible. Si se tiene en cuenta que esta categoría de crímenes internacionales se refiere a diversas conductas que también son consideradas delictivas en el derecho interno de los países, se hace necesario determinar cuál es el rasgo que autoriza la inclusión de un acto no sólo en esta última, sino también en la primera. Considero que el criterio más ajustado al desarrollo y estado actual del derecho internacional es el que caracteriza a un delito como de lesa humanidad cuando las acciones correspondientes han sido cometidas por un agente estatal en ejecución de una acción o programa gubernamental. La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales (Bassiouni, Cherif M., Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Kluwer Law International, La Haya, 1999, Capítulo 6, especialmente pp. 243/246 y 275). La descripción de la conducta que se imputa al procesado Julio Simón incluye las circunstancias de haber actuado en su condición de miembro de la Policía Federal Argentina y en el marco de un plan sistemático orientado a la persecución de personas por razones políticas (Punto IV de la resolución confirmatoria del auto de procesamiento y Punto IX de la resolución denegatoria de la excepción de falta de acción).

11) Las razones que ha dado la defensa para fundar su derecho contra el sometimiento a proceso son dos: a] la prescripción de la acción penal y b] la operatividad de las leyes de “obediencia debida” y “punto final”. Creo que ambas oposiciones a la continuación de los procedimientos deben ser rechazadas.

12) El argumento de la defensa puede ser entendido de dos maneras: o bien que la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad es inadecuada y, por eso, deben aceptarse las defensas de prescripción y amnistía, o bien que, aún si fuese procedente dicha calificación, igualmente correspondería hacer lugar a las defensas de prescripción y amnistía.

13) La primera versión del argumento, como dejé establecido en el considerando décimo, no puede ser revisada por la Corte Suprema en esta etapa inicial del proceso, pues el encuadre de los hechos como de lesa humanidad no ha sido resuelto de manera definitiva sino provisional por la Cámara de Apelaciones. Por otra parte, no hay manera alguna de investigar penalmente la posible comisión de delitos de lesa humanidad si, en las resoluciones judiciales que sirven de base a los procedimientos, no se califican las conductas imputadas bajo alguna de las formas que estos crímenes pueden asumir. El acierto de la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad y, en su caso, en cuál de sus formas, es un aspecto del caso que ha de ser materia de decisión en la sentencia definitiva, por lo que invocar ahora la improcedencia de tal clasificación para impedir la llegada del proceso a juicio monta tanto como pedir que se resuelva sin juicio aquello que supone su realización.

Por tal razón, el punto será examinado por esta Corte en caso de que le sea planteado, a través del recurso establecido en el artículo 14 de la ley 48, contra el pronunciamiento final.

14) La segunda versión del argumento supone que la acción penal para perseguir judicialmente un delito de lesa humanidad, de acuerdo con el derecho internacional, puede extinguirse por prescripción o amnistía.

La respuesta es que los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcur-

so del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional Sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo I; Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29.

A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos", Serie C N° 75, sentencia del 14 de marzo de 2001. En el párrafo 41 de dicho pronunciamiento, ese tribunal expresa:

> "*Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*".

Más adelante, en el párrafo 43, confronta estas consideraciones con las cláusulas de la Convención Americana:

> "*La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de la autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, <u>por lo que</u> son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la <u>identificación de los individuos responsables</u> de la violación a derechos humanos ya que se obstaculiza <u>la investigación y el</u>*

acceso a la justicia e impide a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente" [Enfasis añadido].

Por lo tanto, si los jueces, en la etapa inicial en que se encuentra el proceso, hubiesen calificado los hechos como crímenes contra la humanidad y acto seguido declarado extinguida la acción por prescripción o amnistía, hubiesen incurrido en una contradicción manifiesta con las propias bases de su pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional.

Esto implica que, cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada).

15) De la combinación de las respuestas a los argumentos, tratadas en los dos considerandos precedentes, resulta que las defensas de prescripción y amnistía no pueden admitirse, salvo que, previamente, se consiga refutar la clasificación de los hechos como crímenes contra la humanidad. Por otra parte, esta refutación sólo podrá ser considerada por esta Corte al revisar un pronunciamiento que no admita la revisión posterior del punto, es decir, en la sentencia definitiva (Sobre el criterio correcto para equiparar un auto de prisión preventiva a una sentencia definitiva, ver el argumento de Fallos: 290:393 y 300:642).

En otras palabras, los recurrentes no cuentan con un derecho constitucional a cancelar la continuación del proceso por prescripción o amnistía y, en la medida que las leyes 23.492 y 23.521 pueden reconocerlo, son inconstitucionales.

16) Sin perjuicio de que lo antes expuesto es suficiente para rechazar el recurso extraordinario, la gravedad de las consecuencias que derivan de esta decisión hace necesario considerar si, como lo postula la recurrente, la resolución que propongo implica la violación del principio de legalidad, en alguna de sus manifestaciones.

En primer lugar, el principio de legalidad en cuanto protege la competencia del Congreso para legislar en materia penal, se ha visto

cumplido con la doble intervención del poder legislativo, tanto al ratificar la Convención sobre Imprescriptibilidad (ley 24.584), cuanto al conferirle "jerarquía constitucional" (ley 25.778).

En otro sentido, el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos, en particular los siguientes: la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas.

No se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves.

Tampoco hay frustración de la confianza en el derecho que corresponde asegurar a todo ciudadano fiel a las normas, porque la prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena.

Sobre la base de lo señalado en los dos párrafos anteriores, considero que resultaba correcta la jurisprudencia de esta Corte que no reconocía en el artículo 18 de la Constitución Nacional un derecho a liberarse de la persecución penal por el transcurso del tiempo. Así lo ha dicho, remitiéndose al dictamen del Procurador General, en Fallos: 181:288, quien sostuvo que "Las leyes *ex post facto* inaplicables en el concepto constitucional, son las que se refieren a delitos y no las que estatuyen acerca de la manera de descubrirlos y perseguirlos...".

A ello debe agregarse lo asentado en Fallos: 193:487, esto es que "La garantía constitucional invocada [defensa en juicio] asegura la audiencia de los procesados e impone que se les dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento... pero no requiere que se les asegure la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo, ni constituye ciertamente tampoco un medio para dilatar la marcha de los juicios, a los efectos de procurarla". En el caso de crímenes contra la humanidad, cabe agregar que el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, interés que ésta misma ha declarado inextinguible.

Por otro lado, tampoco ha habido un desconocimiento del principio de legalidad como protección de la objetividad, entendida como "no manipulación", que previene contra las decisiones parciales oportunistas. Si bien la Convención sobre Imprescriptibilidad ha sido ratificada por la República Argentina en 1995, ella había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ya en 1968 como un eslabón más del proceso que se había iniciado con el dictado de la Carta de Londres en 1946, la que sirvió de base a los juicios de Nüremberg y cuyo artículo 6.c introduce la primera delimitación expresa de los crímenes contra la humanidad. Este proceso continuó con la sanción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2, establece el compromiso de juzgar y condenar a los responsables de delitos conforme a principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (la eficacia de la reserva hecha por la República Argentina al ratificarlo se ve debilitada por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 y, más recientemente, con la organización de los tribunales para juzgamiento de crímenes en la ex Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994), así como la aprobación del Estatuto para la Corte Penal Internacional (1998). En el ámbito regional americano, este proceso dio lugar al dictado de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

En este contexto, la ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad en 1995 no puede tomarse como una manipulación del derecho que afecte su imparcialidad al instaurar una persecución selectiva o discriminatoria, pues la Convención se encontraba aprobada por la Asamblea de la ONU desde 1968 y en cualquier momento que

hubiese sido ratificada por Argentina, antes o después de la comisión de los hechos de esta causa, el efecto hubiera sido, como se verá en el considerando siguiente, el mismo, a saber: el de implantar la imprescriptibilidad retroactiva y prospectiva para los delitos de lesa humanidad cometidos en territorio argentino. Por lo tanto, al ser indiferente el momento de su ratificación, no puede alegarse manipulación alguna por el hecho de habérsela llevado a cabo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa.

17) Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo (El objetivo inmediato fue el de remover el obstáculo que suponían las leyes nacionales sobre prescripción para el juzgamiento de crímenes cometidos durante el régimen nazi que gobernó Alemania entre 1933 y 1945).

En los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención, algunos gobiernos plantearon el problema de la aplicación retroactiva. El representante de Noruega, Sr. Amlie, manifestó: "uno de los principios básicos del ordenamiento penal de su país es el de la irretroactividad de la ley, con la consecuencia de que aquellas personas que hayan cometido un delito cuyo plazo de prescripción hubiese expirado no pueden ser sometidas nuevamente a proceso en el caso de que una ley posterior ampliara el citado término de caducidad". Agregó más adelante que "la frase introductoria del artículo I del proyecto de convención contradice el principio de irretroactividad al que su Gobierno no se encuentra dispuesto a renunciar...". La propuesta de su delegación fue la de introducir una enmienda al artículo I y suprimir la frase "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido...". [Naciones Unidas, *Documentos oficiales de la Asamblea General, Vigésimo Tercer Período, Tercera Comisión*, Actas resumidas de las sesiones del 25 de septiembre al 17 de diciembre de 1968, Nueva York, 1970].

Esta objeción, compartida por otros representantes, finalmente no prosperó, especialmente porque, tal como fue puesto de resalto por más de una delegación, "...la enmienda de Noruega... es contraria al objetivo mismo de la convención, que no tendría sentido si se aprobara esta propuesta". También se puso de manifiesto que la imprescriptibilidad acordada era aplicable "a los crímenes pasados, presentes y

futuros". En el mismo sentido, el representante de Francia expresó: "Aunque uno de los objetivos de la convención sea permitir el castigo de los criminales de la segunda guerra mundial, no es cierto que se refiera exclusivamente al pasado. Las reglas de derecho internacional fijadas por la convención podrían aplicarse no sólo a actos ya cometidos y no castigados, sino a todos los que se perpetren en el futuro, siempre que reúnan las condiciones estipuladas en la convención" (*Idem*).

Estas réplicas condujeron al retiro de las objeciones por parte de sus proponentes y a la aprobación del artículo I de la Convención en los términos del proyecto original, que se refiere a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (*Idem*).

En vista de tales antecedentes y de lo prescripto en los artículos 26 ("Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe") y 28, última parte, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Las disposiciones de un tratado no obligarán a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa Parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo") [Enfasis añadido], el Estado argentino no podría excusarse de aplicar retroactivamente la Convención de 1968: esa es la obligación que asumieron los Estados Partes conforme lo que surge tanto del texto de la Convención cuanto del espíritu con que fue aprobada. Creo que es deber de quienes tienen que decidir descorrer el velo que cubre el pasado y allanar el camino para que irrumpa la verdad que, alguna vez, se pretendió ocultar en las sombras para que cayese en el olvido.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos, se declara la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y se confirman las resoluciones apeladas. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad rechazó el 9 de noviembre de 2001 la excepción de falta de acción planteada por la defensa y confirmó la resolución del juez de grado por la que se habían declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1° de la ley 23.492 –conocida como de punto final– y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 –llamada de obediencia debida– y citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente N° 17.889). En la misma fecha confirmó el pronunciamiento del juez de primera instancia por el que se había decidido el procesamiento con prisión preventiva del imputado en orden a los delitos –que consideró de lesa humanidad– de privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, que, a su vez, concurría materialmente con el delito de tormentos agravados por haber sido cometido en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1° y último párrafo –texto según ley 14.416– en función del art. 142, incs. 1° y 5° –texto según ley 20.642–, 144 tercero, párrafos primero y segundo –texto según ley 14.616– del Código Penal).

Contra estas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja.

2°) Que en lo que específicamente atañe a las resoluciones impugnadas, se imputa a Julio Héctor Simón –por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo del Ejército– haber secuestrado el 28 de noviembre de 1978 –junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad– a José Liborio Poblete y a su esposa Gertrudis Marta Hlaczik, quienes habrían sido llevados al centro clandestino de detención conocido como “El Olimpo”, donde habrían sido torturados por distintas personas, entre las que se encontraría el imputado. Allí habrían permanecido hasta el mes de enero siguiente, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero (se presume que fueron eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas).

3°) Que, en el recurso extraordinario, el apelante plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado a raíz de la intervención del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales como querellante, pues sostiene que su participación en el proceso significó la consagración –por vía judicial– de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, por lo que en consecuencia carecería de legitimación para querellar.

A su vez, postula la validez constitucional de la ley 23.521 –con fundamento en la doctrina de este Tribunal de Fallos: 310:1162– y solicita que se aplique el beneficio reconocido en el art. 1°. Afirma que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los arts. 75, incs. 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. También invoca la lesión al principio de legalidad –concretamente la prohibición de aplicación de leyes *ex post facto*–. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal –la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas– por la que se eliminó los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (en alusión a la aplicación del art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4°) Que el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario constituye una cuestión previa a la dilucidación de los planteos formulados, que obliga a la Corte a verificar si éstos se encontraban reunidos al momento de su interposición.

5°) Que, en primer lugar, cabe puntualizar que las resoluciones recurridas en tanto importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencia definitiva, según doctrina de esta Corte de innecesaria cita.

6°) Que, continuando con el examen del cumplimiento de los requisitos propios del recurso extraordinario, corresponde precisar que el tribunal *a quo* no constituye en los términos del art. 14 de la ley 48 el superior tribunal de la causa. En efecto, la naturaleza de las cues-

tiones que se debaten en el *sub examine* revela una clara especificidad cuyo abordaje por la Cámara Nacional de Casación Penal garantizaría seguramente un producto más elaborado. Por otra parte, ante ella podría encontrarse la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema (Fallos: 318:514, *in re* "Giroldi").

La intervención de la instancia casatoria resulta necesaria, en atención a la aptitud de los recursos previstos para obtener aquella reparación, que pueden ser planteados ante los jueces especializados. Y, obvio es decirlo, este particularismo no enerva sino acentúa, el reconocimiento a los magistrados de todas las instancias de su carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental, sin perjuicio de la eventual intervención de esta Corte como su intérprete y salvaguarda final.

De todo ello cabe concluir que la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en el *sub examine* –como corolario de la línea jurisprudencial trazada en Fallos: 308:490 y especialmente en Fallos: 318:514, seguida en Fallos: 319:585 y tácitamente en los casos P.506.XXIX. "Pérez Companc S.A.C.F.I.M.F.A. Cía. Naviera (en causa 249/93: 'E.P.R.C. s/ denuncia infr. art. 56 – ley 24.051') s/ apelación y nulidad", del 6 de junio de 1995 y M.109.XXXII "Merguín, Antonio Luis s/ legajo de estudios inmunológicos en causa N° 6288/93 'De Luccia, Carlos y otra s/ infr. arts. 139, 146 y 293 C.P.'" del 3 de septiembre de 1996, lejos de constituir un obstáculo a las garantías del imputado en el proceso penal, importa el aseguramiento de su ejercicio pleno (conf. voto del juez Fayt en Fallos: 324:4076; C.817.XXXV "Couzo, Enrique Daniel s/ excarcelación" del 27 de junio de 2002; "Simón" en Fallos: 326:3988 y D.199.XXXIX "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación –causa N° 107.572–" del 3 de mayo de 2005 –voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt–, entre otros). Por los motivos expuestos, la cuestión previa acerca del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario debe ser respondida negativamente.

7°) Que, sin embargo, toda vez que el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, resulta improcedente que ésta se niegue a intervenir, dejando desintegrada a la Corte (Fallos: 310:2845). Por lo tanto corresponde pronunciarse sobre el mérito de los recursos extraordinarios interpuestos.

8°) Que, en primer término, cabe señalar que el recurso extraordinario es inadmisible en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación.

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que –de momento– cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

En este sentido, cabe subrayar que más allá de la tacha que postula este procesado con respecto al alcance otorgado por la cámara *a quo* a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, materia que –como regla– es ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 180:136; 188:178; 252:195), lo decisivo es que la recurrente no ha logrado demostrar el modo en que su situación procesal ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por este querellante en el *sub lite* para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si se tiene en cuenta que un planteo de esa naturaleza estaba ínsito en el requerimiento fiscal que incluyó en el objeto del proceso la investigación de los delitos cometidos a raíz de la detención y desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; máxime cuando con particular referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal ha adoptado como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 324:3219; causa B.1160.XXXVI “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, de fecha 19 de agosto de 2004).

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

9°) Que establecido lo anterior corresponde efectuar el examen conjunto de las impugnaciones planteadas, si los agravios relativos a la posible arbitrariedad y los atinentes a la interpretación del derecho federal en juego son dos aspectos que, en el caso en que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y se decretó el procesamiento y prisión preventiva de Julio Héctor Simón, aparecen inescindiblemente ligados entre sí. En esta tarea el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones de los jueces de la causa ni por las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 313:1714; 320:1166, entre otros).

10) Que a este fin no puede soslayarse que con posterioridad al dictado de las resoluciones recurridas se sancionó la ley 25.779 (publ. B.O. del 3 de septiembre de 2003), cuyo art. 1° declaró insanablemente nulas a las leyes conocidas como "de punto final" –23.492– y obediencia debida –23.521–. Por ello, y sin perjuicio de que el auto de prisión preventiva del juez de grado y la resolución del *a quo* que lo confirmó, sólo pudieron sustentarse –y se sustentaron– en la declaración de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521, corresponde que sobre la nueva norma se efectúen algunas precisiones.

11) Que en este cometido debe recordarse que las mencionadas leyes ya habían sido derogadas por la ley 24.952 (publ. en el B.O. el 17 de abril de 1998). Esta situación plantea en primer lugar un problema básico para la teoría del derecho, pues el Poder Legislativo pretendió declarar la nulidad de "algo" que no existía, en tanto ya había sido eliminado del mundo jurídico por un acto formal de derogación. En efecto, es de toda lógica que la "declaración de nulidad" supone que la norma existe y que es válida; si no hubiera norma válida, el acto del órgano que declara la nulidad no habría tenido objeto (Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 21ª. edición, 1991, pág. 159).

12) Que es cierto que el Poder Judicial puede declarar inconstitucional una norma derogada pero, precisamente, éste puede hacerlo cuando excepcionalmente debido la ultraactividad otorgada por otra norma, la ley inexistente resulta **aplicable** al caso en el que el tribunal debe ejercer el control de constitucionalidad. En cambio, el Poder Legislativo como órgano creador de normas, tiene a éstas como su único objeto y no regula, por tanto, la conducta de los particulares.

Eliminada la norma, carece el Poder Legislativo de objeto sobre el que declarar su nulidad, en tanto la ley derogada no se encuentra en los órdenes jurídicos subsecuentes a su derogación. El principio de ultraactividad no restituye la existencia a la norma derogada; tal como se afirmó, dicho precepto sólo se circunscribe a la aplicación de la norma en un caso concreto y no puede derivarse de allí la existencia de "efectos" sobre los que el legislador puede operar. No existe, entonces, otra posibilidad de privar de eficacia ultraactiva a una norma derogada, que su declaración judicial de inconstitucionalidad.

13) Que una cuestión diferente, aunque íntimamente relacionada con la anterior, consiste en determinar si respecto de una norma **vigente** –hipótesis que permitiría eludir el problema lógico reseñado–, puede el Congreso de la Nación declarar su nulidad, la que debe entenderse como su "derogación retroactiva". Se ha afirmado en el considerando anterior que una norma derogada puede ser ultraactiva, corresponde ahora examinar si una norma derogatoria puede ser retroactiva.

14) Que resulta indudable que entre los motivos por los cuales el Poder Legislativo puede derogar una norma, se encuentra el de que la considere en pugna con la Constitución Nacional. Es claro, también, que los legisladores sancionaron la ley 25.779 por considerar en su mayoría que las leyes de "punto final" y "obediencia debida" resultaban violatorias de diversas cláusulas constitucionales (tal como puede observarse en su debate parlamentario). Sin embargo, una cuestión muy distinta es que pueda hacerlo –a diferencia de lo que sucedió con la ley 24.952– retroactivamente, sea cual fuere el motivo al que esa "derogación" obedezca.

15) Que la derogación sólo puede operar para el futuro y no puede afectar o modificar "situaciones previamente existentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria... por razones de seguridad jurídica..." (Huerta Ochoa C., *Artículos Transitorios y Derogación*, Revista Jurídica del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 20 de agosto de 2003, pág. 25). En efecto, la eficacia normal de las normas derogatorias es únicamente respecto a las situaciones que nacen con posterioridad a su entrada en vigor y no pueden operar retroactivamente pues –como ya se afirmó– "no regulan las conductas de los particulares, en consecuencia, solamente operan para el futuro puesto que son reglas de aplicación de otras normas". El "principio general de no retroactividad de los efectos de la derogación se dirige a las autorida-

des, pues su fin es evitar los abusos que se pudieran producir por la anulación de actos creados válidamente con anterioridad". Es por ello que "(l)a derogación además de impedir... la aplicación subsiguiente de la norma, preserva su pertenencia al sistema jurídico sin afectar situaciones creadas" (Huerta Ochoa C., op. cit., pág. 26).

16) Que con esta pretendida "derogación retroactiva", el Poder Legislativo se estaría atribuyendo una potestad que no tiene ningún poder constituido de la República, en tanto tampoco puede el Poder Judicial anular leyes en un sistema de control de constitucionalidad difuso; los jueces sólo pueden declarar la inconstitucionalidad para un caso concreto (así como el órgano creador de normas no puede anularlas, el que las controla no puede derogarlas). No debe olvidarse que en el Reino Unido, es el propio Parlamento el que dicta la Constitución y por ende no es necesario ejercer control alguno sobre la constitucionalidad de las leyes, por lo tanto las consecuencias que de ello derivan no pueden lógicamente extrapolarse a un sistema con constitución rígida y poderes públicos limitados.

Si de lo que se trata es de utilizar la terminología de la nulidad con el fin de otorgarle efectos retroactivos a la aplicación de la ley derogatoria por considerar que la norma derogada se encuentra en pugna con la Constitución, es claro que esa tarea le está vedada al Poder Legislativo. Aun si se interpretara que para algunos legisladores fue mediante el propio procedimiento de formación y sanción de las leyes "derogadas" que se violó la Constitución Nacional, correspondería también en ese supuesto que sea el Poder Judicial quien lo determine respecto de un caso concreto (conf. disidencia del juez Fayt en Fallos: 317:335).

En efecto, la única vía para privar **retroactivamente** de efectos a una ley es, de manera exclusiva, la declaración de su inconstitucionalidad que sólo puede hacerse en un **caso concreto** por parte de un tribunal de justicia. El "Poder Judicial es supremo, y sólo él tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso, y sólo en este caso puede pronunciar la nulidad; esto es, cuando la ley es contraria a la Constitución" (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, Buenos Aires, ed. actualizada, 1991, pág. 261). La facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola

sede (Fallos: 269:243 *in re* "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal", entre muchos otros), haciendo trizas, de este modo, el necesario control interórganos. No debe olvidarse que el poder no se divide, lo que se divide son las competencias. Entonces, si la Constitución designa el órgano encargado de decidir si fueron o no observadas las prescripciones reguladoras de la función legislativa, éste tiene una autoridad igual al Legislativo en el ámbito de su competencia; es que "compete a la función judicial interpretar la ley, determinar su sentido y especialmente si formal o materialmente guarda correspondencia con la Constitución como norma suprema que representa la base del sistema normativo. La aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando –de acuerdo a la opinión de este órgano– sea inconstitucional. En relación de correspondencia, más aún, en conexión de medio a fin, no podría existir supremacía sin la existencia del control de constitucionalidad.

17) Que, por lo demás, la declaración de nulidad constituiría un modo simple de sustraer al Poder Judicial de un efectivo control, por el que pudiera –por ejemplo– arribarse a la determinación de una relación de correspondencia entre la norma y la Constitución Nacional. De este modo se vulnerarían los derechos de los individuos beneficiados por la norma que el Poder Judicial podría considerar adecuada constitucionalmente. Al respecto, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una garantía del hombre frente al Estado no para que el Estado la oponga frente a un particular que por aplicación de la norma obtuvo un derecho (Bidart Campos Germán, *La derogación de la ley de amnistía 22.924*, ED 110-340).

18) Que detrás de la admisión de una "derogación retroactiva" que pretende sustraer al Poder Judicial del referido control parece afirmarse implícitamente que éste como órgano contramayoritario no puede prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular (conf. Bickel, *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court and the Bar of Politics*, Indianápolis, 1962). Se olvida así, en primer lugar, que la elección de los jueces es indirecta en segundo grado, y, que por lo tanto si bien no se ha establecido para él la forma de sufragio popular, su poder proviene del pueblo.

En segundo término, la circunstancia de que sea un órgano distinto quien controla esa relación de correspondencia que asegura la supremacía constitucional, no es antojadiza y es, precisamente, el fundamento que permite negar el reseñado argumento contramayoritario, pues "una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son –por definición– límites o barreras a las decisiones de la mayoría en protección de intereses de individuos. Si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían, entonces, derechos, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el [Congreso]. La función esencial de los jueces, ejercida sobre todo a través de este mecanismo de revisión judicial de las decisiones mayoritarias, es precisamente la de proteger los derechos de individuos... Por lo tanto, si se reconocen derechos, ello implica conceptualmente aceptar el control judicial de constitucionalidad" (Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2da. reimpresión 2002, pág. 679).

Por otra parte, "la misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no depende de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por [sus mismas] fallas" (Nino, Carlos, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 87; similar en *Fundamentos de Derecho Constitucional* –ya citado–, pág. 293; v. asimismo John Ely, *Democracy and Distruts*, Harvard U.P., 1980).

19) Que una demostración cabal de la necesidad de que sea un órgano distinto –vgr. el Poder Judicial– el que deba ejercer el correspondiente control de constitucionalidad y de los inconvenientes que el autocontrol podría traer aparejado respecto de los derechos de los individuos, puede comprobarse al examinar el criterio adoptado por el Poder Legislativo en oportunidad de derogar la ley 25.250 de reforma laboral.

Así puede observarse en el debate parlamentario de la Cámara de Diputados que los legisladores, pese a reconocer que la ley habría te-

nido su origen en hechos de corrupción por métodos que ofenden "al pueblo que representan y repugnan a la Constitución", que había "sido engendrada con la compra de voluntades de los legisladores" y que "su proceso de formación y sanción esta(ba) enfermo de peculado y cohecho", votaron por su derogación tal como lo había propuesto el Poder Ejecutivo Nacional en el proyecto que había enviado con el fin de "dar por superado un estado de grave inseguridad jurídica y de sospecha sobre [la] norma cuya derogación" se proponía. En efecto, la ley 25.877 –publ. en el B.O. el 19 de marzo de 2004– derogó y no declaró nula a la ley 25.250. En dicha oportunidad, algunos diputados equipararon a esta ley con las de "obediencia debida" y "punto final" y sin embargo aclararon –a diferencia de lo que sucedió con éstas– que la declaración de nulidad debía tener un efecto simbólico, en tanto debía sancionarse "con la previsión especial de que sus efectos no se apliquen de manera que perjudiquen retroactivamente derechos adquiridos por los trabajadores durante su seudovigencia". También sostuvieron que la nulidad fulmina absolutamente los efectos que ha producido, pero "la aplicación de la ley y la determinación de los efectos que produce es cuestión exclusiva y excluyente... del Poder Judicial" a fin de no dañar a aquellos beneficiados al amparo de la ley 25.250. Un diputado incluso afirmó que el motivo del proyecto no podía ser el de despejar la incertidumbre en beneficio de los trabajadores, en tanto un tribunal laboral podría declarar la nulidad ante el reclamo individual de un trabajador afectado, basado ya en la comprobación del delito penal –origen espurio a la sanción de la ley 25.250–, con lo que se despejaría toda incertidumbre. La mayoría rechazó expresamente la declaración de nulidad por considerar que estaba vedada esa facultad a los poderes políticos. Esto ocurrió pocos meses después de que se declararan insanablemente nulas a las leyes de "punto final" y "obediencia debida" (conf. debate parlamentario ley 25.877, www.hcdn.gov.ar, versión taquigráfica; período 122; 1ra, sesión ordinaria –especial– del 2 de marzo 2004).

Es claro entonces, que de "la misma justificación de la democracia surgen una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad" (Nino, Carlos, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, loc. cit.).

20) Que, por último, cabe destacar que desde un plano teórico –esto es más allá de la cuestión acerca de quién tiene atribuciones para utilizarlos–, los mecanismos de "nulidad" o "derogación" no pueden

ser empleados de un modo indolente sin asumir las premisas adoptadas al elegir uno u otro camino.

En este sentido, debe señalarse que cuando en el año 1998 el Poder Legislativo decidió derogar la ley y no declarar su nulidad, asumió de ese modo que estaban ausentes todo tipo de "connotaciones críticas relativas a los edictores" y por lo tanto la norma no podía anularse (en palabras de Josep Aguiló, *Sobre la Derogación*, Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez, ed. Distribuciones Fontanamara, México, 2da. edición, 1999, pág. 79). En efecto, "la presencia, en el caso de la nulidad, y la ausencia, en el caso de la derogación, de connotaciones críticas relativas a los edictores es el resultado de que mientras que en la nulidad ha habido una conducta irregular, en la derogación ha habido sólo un uso regular de poderes normativos... Sostener que una norma es nula significa formular un juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea de que, la norma... (n)o es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de la norma de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto... nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada. Desde un punto de vista interno, quien formula ese juicio no está diciendo que haya algo normativamente incorrecto, en la norma, lo que se traduce en que, en general, dicho juicio lleva aparejada la idea de que la norma debe seguir siendo aplicada en la resolución de casos pendientes... (p)or otro lado, dicho juicio tampoco tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad de su poder normativo... mientras la derogación cumple la función de hacer posible el cambio deliberado y regular de fuentes y normas, la nulidad cumple la de hacer efectivos los límites a las posibilidades de cambio legítimo" (Josep Aguiló, op. cit., loc. cit.).

Como se afirmó, la nulidad –de admitirse– sólo puede tener su origen en connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la norma cuestionada, circunstancia que fue negada al sancionarse en el año 1998 la derogación de esa misma norma, en

tanto implicó, precisamente, la aceptación contraria. En dicha oportunidad, por lo demás, el Poder Legislativo sancionó la norma derogatoria, teniendo en cuenta el texto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el art. 29 de la Constitución Nacional, y al mismo tiempo afirmó que sin embargo "el principio de aplicación de la ley penal más benigna haría estéril una nueva imputación a quienes violaron elementales derechos humanos" (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Reunión 7a. del 24/3/98, pág. 882 y Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Sesión 5a. del 25/3/98, págs. 1438 y 1442).

21) Que, por último, no es válido el argumento que pretende legitimar la ley 25.779 con invocación del antecedente de la ley 23.040, por la que se declaraba insanablemente nula la ley 22.924 conocida como de "pacificación nacional" dictada por el propio gobierno de facto. Al respecto cabe recordar lo dicho por el Tribunal al expedirse sobre la validez de la ley 23.040 en cuanto a que si bien se ha 'reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de *jure* de la legislación de los gobiernos *de facto* y el poder de éstos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines; ello ha sido, sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas... en este sentido, la ley de facto 22.924 es el resultado del abuso del poder, porque no sólo se aparta del [entonces] artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional –que autoriza únicamente al Congreso para dictar la ley penal–, sino que también contraría... la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de poderes' (Fallos: 309:5, pág. 1692), lo que entronca con el principio de que 'la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que le suceda, la reconozca'" (Fallos: 306:174 y sus citas).

Por lo demás, es claro que la ley 23.040 en modo alguno implicó un supuesto de autocontrol. Por el contrario consistió en la reacción de un poder constitucional frente a una norma que pretendió utilizar la misma estructura estatal que posibilitó la comisión de delitos y su

ocultamiento, para su autoexculpación. Estas diferencias con las leyes de "punto final" y "obediencia debida" y otras que *ut infra* se detallarán tornan inhábil la pretendida comparación.

22) Que en tales condiciones corresponde ahora sí, adentrarse en la cuestión que dio sustento a la resolución del *a quo*: la declaración de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521, en tanto es al Poder Judicial –tal como quedó establecido– a quien incumbe ejercerla.

En este cometido, cabe recordar, en primer lugar, que la ley 23.492 –conocida como ley de punto final– preveía en su artículo primero un plazo de 60 días para procesar a militares sospechados de cometer crímenes de Estado (ley que dio lugar a la interposición de un sinnúmero de denuncias con el fin de evitar la extinción de la acción penal). A su vez, la ley 23.521 –llamada ley de obediencia debida– establecía diversos niveles de responsabilidad entre los sujetos involucrados: por el art. 1° –primer párrafo– se presumía sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias no eran punibles por los delitos [que habían cometido desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983, en las operaciones emprendidas por el motivo alegado de reprimir el terrorismo] por haber obrado en virtud de obediencia debida. El segundo párrafo preveía que la misma presunción sería aplicada a los oficiales superiores que no hubiera revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, si no se resolvía judicialmente antes de los 30 días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas. En tales casos se debía considerar de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad. En efecto, esta ley "creaba una casi irrefutable defensa para oficiales de mediano y bajo rango... (l)a reinterpretación propuesta creaba una presunción *iuris tantum* de que, salvo que la gente tuviera autoridad para tomar decisiones, todos los que invocaran la defensa de la obediencia debida habían creído, erróneamente, que las órdenes eran legítimas dados una intensa propaganda y un clima general de coacción" (Nino, Carlos, *Juicio al Mal Absoluto*, ed. Emecé, 1997, págs. 117 y 158).

El personal excluido de esas previsiones, es decir, aquellos que sí se habían desempeñado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria y aquellos oficiales superiores que sin serlo se hubiera determinado judicialmente que poseían capacidad de decisión o que habían participado en la formulación de las órdenes, seguían enfrentando la posibilidad de castigo penal.

23) Que este Tribunal ya ha afirmado la validez constitucional de la ley 23.521 *in re* "causa incoada en virtud del Decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional" –Fallos: 310:1162, conocida como causa "Camps"; así como también en Fallos: 311:80, 715, 728, 734, 739, 742, 743, 816, 840, 890, 896, 899, 1042, 1085, 1095 y 1114; 312:111; entre muchos otros–. En la causa de Fallos: 311:401 *in re* "ESMA" se estableció además que la alegada vigencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no la alteraba, por tratarse de una norma *ex post facto* y por lo tanto inaplicable (voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

Esas decisiones fueron acordes con la línea trazada por esta Corte desde la célebre causa 13/84, conocida como la "causa de los comandantes" (Fallos: 309:5, pág. 1689). Esta circunstancia y la naturaleza de las leyes que aquí nuevamente se cuestionan –tan ligadas a la vida institucional de la Nación–, imponen que antes de considerar los argumentos invocados tanto en la sentencia apelada como en el dictamen del señor Procurador General, el Tribunal repase esa línea jurisprudencial, así como las circunstancias históricas en las que se enmarcaron sus anteriores decisiones. Esto posibilitará una cabal comprensión del problema, lo que permitirá, a su vez, evaluar adecuadamente tanto los argumentos de la sentencia recurrida cuanto los de los apelantes.

24) Que es necesario recordar que esta Corte –al confirmar la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (Fallos: 309:5)– condenó a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola y Armando Lambruschini por los hechos que *ut infra* se detallarán. De ese modo la República Argentina se convirtió en uno de los pocos países del mundo que sin recurrir a tribunales internacionales implantados *ad hoc* juzgó y condenó a los máximos responsables del terrorismo de Estado, decisión cuyo valor preventivo respecto de la

repetición de violaciones a los derechos humanos no debe ser subestimada.

En oportunidad de dictarse el fallo mencionado se señaló que debían ser condenados quienes dieron las órdenes que posibilitaron la comisión de delitos por parte de los subordinados, estableciendo un aparato organizado de poder que controlaba de principio a fin el curso de los acontecimientos (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Las conductas aberrantes que fueron merecedoras de reproche penal consistían –tal como se describieron en el mencionado voto– en capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia, conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado, el secuestro y el lugar de alojamiento; y dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente.

Actualmente puede encontrarse una precisa descripción de la repugnante metodología utilizada, en el Reglamento RC-9-1 del Ejército Argentino denominado “Operaciones contra elementos subversivos” del 17 de diciembre de 1976, instrumento que al momento de dictarse la sentencia en el “juicio a las juntas” –y hasta hace poco tiempo– permaneció oculto y que aun conserva un “carácter reservado”. Sin perjuicio de ello, en dicha oportunidad, pudo concluirse que existieron órdenes secretas, las que se evidenciaron en virtud de la metodología empleada y la reiteración de los delitos por parte de los autores materiales (considerando 8° del voto del juez Fayt).

25) Que la condena tuvo como base fáctica lo ocurrido en lo que puede describirse como la “segunda etapa” de la lucha contra la subversión, es decir aquella que –pese al éxito que para fines de 1976 había tenido la lucha armada directa con el fin de neutralizar y/o aniquilar el accionar subversivo– se extendió al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país. De ese modo se facultó a las Fuerzas Armadas para actuar no ya sobre el accionar subversivo, sino

sobre sus bases filosóficas e ideológicas así como sobre sus causas políticas, económicas, sociales y culturales (conf. voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689 con cita de la directiva 504/77).

La instrumentación de este plan posibilitó –tanto en la sentencia de la cámara como en tres de los votos confirmatorios– la condena de los imputados, tomándose como base el supuesto específico de autoría mediata –*mittelbare Täterschaft*– a través de un aparato de poder organizado –*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*– creado por Claus Roxin (si bien este supuesto ha sido pensado para resolver aquellos casos en los que se parte de un subordinado responsable). Es el propio profesor alemán el que en una edición posterior de *Täterschaft und Tatherrschaft*, cita el "juicio a las juntas" en Argentina como paradigma de utilización en el extranjero de su novedosa tesis, luego utilizada por el Tribunal Supremo Federal alemán en el caso conocido como "tiradores del muro" de 1994 –*Mauerschutzeprozess*– (ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1994, pág. 653; ver también nota 349).

26) Que ya en la causa 13/84 se precisó que el desmedido poder de hecho y la incontrolada capacidad legisferante alcanzados por los acusados –miembros de la Junta Militar– pudo mover a sus subordinados a una obediencia cuyos límites les eran muy difícil de precisar, tanto subjetiva como objetivamente, circunstancia que no puede dejar de valorarse, y que en la medida que aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes, hacen más serio el cargo que cabe efectuar a quienes, desde los mandos más altos de la Nación, utilizaron el mecanismo de subordinación característico de las instituciones militares, con finalidades repugnantes a los fines que en situaciones normales debían animar a aquéllas (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689; cit. también por el señor Procurador General en su dictamen de Fallos: 310:1162).

Asimismo, se afirmó que el dominio del curso de los acontecimientos por el superior limitaba el campo de decisión autónoma del subordinado y reducía a proporciones mínimas la posibilidad de acceder a la licitud de la orden emitida, máxime si el deber de obediencia, fundamento de los ejércitos, constriñe al subordinado a riesgo de sanciones explícitas (considerando 17 del voto de juez Fayt; cit. asimismo por el señor Procurador General en su dictamen de Fallos: 310:1162).

27) Que existe también otro aspecto de la recordada sentencia que cimentó las bases de la declaración sobre la validez constitucional de las leyes hoy nuevamente cuestionadas. Se trata de las diferencias que ya podían elaborarse –*contrario sensu*– con fundamento en lo dicho en ese primigenio fallo acerca de la ya mencionada ley 22.924 –conocida como Ley de Pacificación Nacional–, dictada *in extremis* –cinco semanas antes de celebrarse las elecciones nacionales– por el propio gobierno militar. En efecto, al negar esta Corte validez a la llamada Ley de Pacificación Nacional se estableció que la única autoridad facultada para dictarla –en su caso– era el Congreso de la Nación, conforme lo establecía la Constitución Nacional (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689 y su remisión a Fallos: 306:911).

Por lo demás, esa ley sí vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción, en tanto quedaban directamente impunes hechos aberrantes y no discriminaba la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de los hombres de las instituciones armadas (considerando 13 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Asimismo se aclaró que las decisiones judiciales que se hubiesen dictado con fundamento en la ley 22.924 no alcanzaban el carácter de cosa juzgada, en tanto no a toda sentencia judicial debía reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a las que han sido precedidas de un procedimiento contradictorio, no pudiendo tenerse por tales a aquellas donde la parte contraria, o el interés social –que se expresa a través del Ministerio Público– no habían tenido auténtica ocasión de ser oídos, posibilidad que la ley de facto 22.924 estaba destinada a impedir, máxime ante la inexistencia de una “cabal independencia en el actuar de los magistrados” (conf. considerando 14 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689).

28) Que de modo consecuente el Tribunal –tal como se afirmó– se pronunció por la validez constitucional de la ley de obediencia debida, validez que se afirmó tanto por su origen como por su contenido (Fallos: 310:1162 *in re* “Camps”), circunstancias que la diferenciaban claramente de la Ley de Pacificación Nacional (conf. Fallos: 309:5, pág. 1689).

29) Que en la causa “Camps”, la mayoría del Tribunal fundamentó su decisión en el respeto irrenunciable al principio de división de poderes. Se recordó que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las facultades que incumben a los otros poderes. Se enfatizó que

esto era especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejercía su elevada función de lograr la coordinación necesaria entre los intereses, del modo que prevalezca el de la comunidad toda (conf. voto del juez Fayt). No incumbía, por lo tanto, al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones propias de los otros poderes del Estado (con cita de inveterada jurisprudencia: Fallos: 98:20; 147:402; 150:89; 247:121; 251:21, 53; 275:218; 293:163; 303:1029; 304:1335, entre otras). Antes bien –se señaló– es misión suya, en cumplimiento de su ministerio como órgano de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de los otros poderes del Estado (voto del juez Fayt y voto de los jueces Belluscio y Caballero en Fallos: 310:1162).

En virtud de los fundamentos constitucionales expuestos, se concluyó que las facultades del Congreso Nacional tenían la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley perseguía en el caso, cual era –en el caso de la ley de obediencia debida– el de dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluyera la punición o impidiera la imputación delictiva de quienes, a la fecha de la comisión de los hechos, tuvieron los grados que la ley señalaba y cumplieron las funciones que allí se describían (conf. voto del juez Fayt y voto de los jueces Belluscio y Caballero). Ello por cuanto la Constitución Nacional otorgaba al Congreso Nacional la facultad de dictar todas las leyes que fuesen convenientes para poner en ejercicio los poderes que la misma Constitución establecía. Esto suponía confiar al legislador el asegurar la supervivencia misma del Estado, y a este fin tendían las leyes mentadas. Es por ello, que el Congreso Nacional podía válidamente establecer que determinados hechos no serían punibles, puesto que es resorte del Poder Legislativo la potestad de declarar la criminalidad de los actos, crear sanciones y borrar sus efectos. El juez Petracchi, por su parte, señaló que existía una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no correspondía al Poder Judicial evaluar, en tanto el Congreso Nacional había ejercitado la facultad que le corresponde en virtud de lo dispuesto en el entonces art. 67, inc. 17 de la Constitución Nacional –facultad de amnistiar– cuya concesión hallaba un fundamento razonable en una característica que a todas ellas comprendía: la falta de capacidad decisoria, configurándose así el requisito de generalidad que exigen las amnistías.

En dicha oportunidad se afirmó: “otros valores podrán preferirse, otras soluciones proponerse, pero mientras la Constitución Nacional nos rija, será el legislador el que decida la conveniencia de los reme-

dios que se adopten en tales materias, por lo que no parece fundado que en el caso deba el Poder Judicial enervar el ejercicio que aquél ha hecho de tan pesado deber" (considerandos 13 y 14 voto del juez Fayt).

30) Que también en cuanto al efecto de las leyes se estableció su validez. Cabe recordar que fuera del supuesto objetivo del grado militar que excluye *juris et de jure* la punición, el hecho seguía siendo punible para los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o para aquellos que, aun cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas.

Es por ello, como señala el señor Procurador General en su dictamen en la causa "Camps", pronunciándose también por la constitucionalidad de la ley de obediencia debida, que ésta no supone en modo alguno sustraer de los jueces las causas en las que intervienen –a diferencia también de la ley de Pacificación Nacional– ni afecta la tarea de juzgar acerca de la eximente de obediencia debida (dictamen en Fallos: 310:1162). En efecto, en cada caso debía considerarse si los imputados participaron en la elaboración de órdenes o tuvieron el poder de decisión como para enervarlas, a los efectos de determinar si les alcanzaban los beneficios de la ley 23.521, es decir si participaron en la confección de la estrategia de la que aquellos hechos resultaron y si su comisión resultó de su propia decisión (considerando 27, voto del juez Fayt). Debían, entonces, configurarse ciertos requisitos para que correspondieran las eximentes, en tanto no se trataba de una obediencia "ciega", lo que hubiera resultado insostenible a la luz de la naturaleza de los sujetos participantes en la relación de subordinación, que por ser seres humanos disponen de un margen irreductible de libertad (considerando 21 voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

31) Que la solución legal no dejaba impunes los delitos juzgados, sino que variaba el centro de imputación hacia otros sujetos, que en una porción de los casos incluso ya habían respondido penalmente. En efecto, tal como señaló el señor Procurador General al emitir su dictamen en la causa mencionada, "la ley no desafecta de punibilidad delito ninguno. Tal cosa –continúa– no puede inferirse en absoluto de la circunstancia de fijar sólo la responsabilidad de su comisión en la persona del superior que dio la orden a través de la cual dichos delitos se consumaron, impidiendo la extensión de esa responsabilidad a quie-

nes en razón de la obediencia debida están eximidos de ella, empero la ley que nos ocupa no tiende a excluir el procesamiento de los responsables" (Fallos: 310:1162, dictamen del señor Procurador General).

32) Que no debe olvidarse que al declararse la constitucionalidad de la ley 23.521 por vez primera, se confirmaron al mismo tiempo las condenas de Ramón Juan Alberto Camps y Ovidio Pablo Riccheri, en tanto "no resulta[ban] amparados por la categoría de 'obediencia debida'" (ver considerando 33 voto del juez Fayt y parte resolutiva de la sentencia). De este modo "ha quedado en claro en causas anteriores la culpabilidad de quienes detentaron los más altos poderes de facto en el Estado, y en esta causa la de los jefes de Policía" (considerando 28, voto del juez Fayt). En consecuencia, de lo expuesto resulta que también por sus efectos, estas leyes resultaron incuestionables para el Tribunal.

33) Que no obstante ello, tanto el *a quo* como el señor Procurador General consideran que existen nuevos argumentos que conducirían a una revisión de lo expuesto. Corresponde, entonces examinar si los argumentos invocados –teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una norma ha constituido siempre la *ultima ratio*– resultan de entidad suficiente como para enervar la línea jurisprudencial referida. Para ello, es necesario describir con precisión dentro del cúmulo de argumentos utilizados, cuáles de ellos son los que en definitiva determinaron un alejamiento tan drástico del precedente con aptitud para conducir a propiciar una solución contraria.

34) Que para arribar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas en cuestión el *a quo* debió sortear un primer impedimento: el de la prescripción de la acción penal. Este orden de razonamiento a su vez implicó asumir –tal como lo señala con claridad el señor Procurador General– que las acciones no estaban cubiertas por las leyes en cuestión, y consecuentemente por sus propias causales de extinción de la acción penal, cuya verificación también es una cuestión de orden público.

Para sostener la aplicación del principio de imprescriptibilidad la cámara remitió a los fundamentos dados en distintos precedentes de la sala, a los que agregó otras consideraciones. Así sostuvo que los hechos imputados en la causa se relacionaban directamente con el delito de desaparición forzada de personas, que a partir de la aproba-

ción de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” fue normativamente caracterizado como crimen de lesa humanidad y por lo tanto imprescriptible –convención aprobada por ley 24.556 y con jerarquía constitucional por ley 24.820–. Para su aplicación retroactiva invocó el art. 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que establece una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, si los hechos en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (crímenes *iuris gentium*).

35) Que, en primer lugar, debe señalarse que la elaboración realizada por el *a quo* en torno al concepto de desaparición forzada de persona asignada a hechos como los aquí investigados, vulnera el principio de legalidad –art. 18 de la Constitución Nacional–, respecto de dos de las prohibiciones que son su consecuencia. En efecto, la norma internacional sobre la que reposa la caracterización de tal delito, no responde a la doble precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar y, además, no cumple con el requisito de ser la *lex praevia* a los hechos de la causa.

36) Que de modo expreso la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define en su artículo segundo el concepto del delito al cual las partes deberán ajustarse, a la par que el artículo tercero determina que los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de persona y fijarle una pena apropiada. Precisamente, en el Congreso de la Nación obran proyectos en estado parlamentario, que establecen la tipificación del delito de desaparición forzada de personas (ver trámite parlamentario N° 220 del 6-2-98 –exp. 6620-d-97– sobre incorporación al Código Penal como art. 142 ter del tipo desaparición forzada de personas –reproducido por expediente 1360-D-99– que contó con media sanción y luego caducó; resulta ilustrativo respecto de los inconvenientes que la tipificación conlleva, el debate parlamentario en el H. Senado de la Nación, versión taquigráfica, 52° Reunión – 21° Sesión ordinaria del 27 de octubre de 1999, dictamen de las comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, de Asuntos Constitucionales, de Derechos y Garantías y de Defensa Nacional, orden del día N° 564). Por lo tanto, no puede predicarse que la Convención haya contemplado un tipo penal ajustado al principio de legalidad entendido por inveterada jurisprudencia de esta Corte como aquel que exige para su configuración la doble

determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar (Fallos: 16:118; 169:309; 314:1451, entre muchos otros).

37) Que a lo anterior debe sumarse que la aplicación de la Convención a los hechos de la causa, tampoco cumple con el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad, en tanto aquélla no se hallaba vigente en el momento de comisión de los hechos. Al respecto, reiteradamente ha dicho este Tribunal que una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional es que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717). En efecto, debe existir una ley que prohíba o mande una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y que además se determinen las penas a aplicar (Fallos: 304:892). Consecuentemente, de dicha norma constitucional, que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sino lege praevia* se deriva que la ley penal no puede ser retroactiva en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción.

En el mismo sentido, cabe destacar que en la sentencia de reparaciones *in re* "Trujillo Oroza vs. Boliva" Serie C N° 92, de fecha 27 de febrero de 2002 de la Corte Interamericana, el juez García Ramírez señaló que el Tribunal había examinado el asunto bajo el título jurídico de violación del derecho a la libertad y no como desaparición forzada, *tomando en cuenta que no existía en Bolivia tipo penal sobre desaparición, ni existía vinculación del Estado, como ahora la hay, a un instrumento internacional específico en esta materia* (párr. 12; énfasis agregado).

38) Que, sin embargo, ni aun admitiendo que el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del género "privación ilegítima de libertad" de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis del Código Penal, la solución variaría en modo alguno, pues la aplicación del principio de imprescriptibilidad previsto en la citada Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a hechos anteriores a su entrada en vigor (art. 7°), seguiría resultando contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal que establece el principio de legalidad. Resulta, a su vez, inexplicable que la cámara omita considerar en su razonamiento que es la propia Convención sobre Desaparición Forzada de Personas la que establece en

su art. 7°, párrafo segundo, que cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior (se refiere a la imprescriptibilidad), el período de prescripción deberá ser igual al delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte. Y qué es el art. 18 de la Constitución Nacional, sino una norma de carácter fundamental.

39) Que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad tampoco resultaría aplicable, pues si bien fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino mediante la ley 24.584 (publicada B.O. 29 de noviembre de 1995). Al respecto debe señalarse que existen dos cuestiones que no deben ser confundidas: la primera es la atinente al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y la segunda es la que se refiere a la posibilidad de su aplicación retroactiva. Por otra parte, el delito de desaparición forzada de personas no conformaba el elenco de crímenes de guerra y de lesa humanidad al que aludía el art. 1° a y b de la Convención. Sobre la cuestión cabe destacar que en el Documento de Trabajo para un "Instrumento Internacional Jurídicamente vinculante sobre desapariciones forzadas" de las Naciones Unidas –Ginebra 4 al 8 de octubre de 2004– se ha propuesto que en su preámbulo se establezca que la desaparición forzada "constituye un delito y, en determinadas circunstancias, un crimen contra la humanidad" (ver así también la proposición de la presidencia de fecha 6 de febrero de 2005).

40) Que con respecto al principio de imprescriptibilidad –en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional– el Estado argentino ha demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995, por la que aprobó la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003, que la incorporó con jerarquía constitucional.

Es claro que de este modo las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), han quedado desplazadas por la mencionada Convención. Por otra parte –sin que corresponda pronunciarse aquí sobre su origen, evolución y contenido– lo cierto es que el

principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir. Tal como afirmó desde antiguo el Tribunal, la garantía de defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejercita la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo (Fallos: 193:326; 211:1684 y 307:1466, entre otros).

41) Que como se afirmó en el caso A.533 XXXVIII "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–" del 24 de agosto de 2004 –disidencia del juez Fayt–, una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. En efecto, toda vez que la aprobación e incorporación con jerarquía constitucional de la Convención mencionada se ha producido con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa, corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad puede ser aplicada al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nullum crimen sine poena legali* –formulado científicamente por Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14 ed., Giessen, 1847, *Los principios primeros del derecho punitivo*, parágrafos 19 y 20)– y consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

42) Que por ello la aplicación al *sub examine* de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" también resulta contraria a la proscripción de aplicación retroactiva de la ley penal, como corolario del principio de legalidad ya formulado.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* cualquier requisito del que dependa la **punibilidad** del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende "la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor –leyes *ex post facto*– que impliquen empeorar las condiciones de los encausados... (E)l instituto de la prescripción cabe, sin duda alguna en el concepto de 'ley penal' desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos: 287:76).

Este es el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto "la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado* y con *validez general*, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho. El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la **prescripción** ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquélla no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [gewollte Rückwirkung], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; énfasis agregado).

En el mismo sentido, se ha considerado que la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo (así Pawlowski, *Die Verlängerung von Verjährungsfristen*, NJW 1965, 287 ss. y *Der Stand der rechtlichen Discusión in der Frage der strafrechtlichen Verjährung*, NJW 1969, 594 ss.; Lorenz, *Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot*, GA 1968, 300 ss; Arndt, *Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung*, JZ 1965,148; Grünwald, *Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften*, MDR ZStW 80 (1968), pág. 364; Wilms, *Zur Frage rückwirkender Beseitigung der Verjährung*, JZ 1969, 61; graves objeciones contra la retroactividad formula por razones generales jurídico-constitucionales, P. Schneider, *NS-Verbrechen und Verjährung*, Festschrift für O.A. Germann, 1969, pág. 221. Todos citados por H. H. Jescheck en su *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Volumen Segundo, trad. Mir Puig-Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239). En la doctrina española puede encontrarse idéntica postura en Muñoz R., Campo Elías – Guerra de Villalaz, Aura E., *Derecho Penal*, pág. 152 y Morillas Cueva Lorenzo, *Curso de Derecho Penal*

Español, pág. 116. El Prof. Jescheck señala, a su vez, que incluso quienes sostienen la tesis procesalista respecto del instituto de la prescripción, deben tener en cuenta que la prohibición de retroactividad se aplica actualmente cada vez más también a los presupuestos procesales (op. cit., loc. cit).

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

43) Que, aun cuando pudiera entenderse que en el caso de la "Convención sobre Imprescriptibilidad", es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional, la que prevé su aplicación retroactiva –así lo ha inferido, en base a los arts. I y IV de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores– o bien que podría aplicarse la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" en virtud de lo dispuesto por otra Convención con jerarquía constitucional (art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece la retroactividad en caso de crímenes *iuris gentium*), lo cierto es que ambas previsiones contrarias al art. 18 de la Constitución Nacional resultarían inaplicables para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Fundamental como luego se detallará.

Por otra parte, el *a quo* elabora su razonamiento sobre la base de asignar al art. 15.2 el carácter de *ius cogens*, es decir de norma imperativa del derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admite acuerdos en contrario y sólo puede ser modificada por normas posteriores del mismo carácter. Mas esta aseveración es absolutamente infundada, en tanto define al principio de **aplicación retroactiva de la ley penal en caso de crímenes *iuris gentium*** –pues de eso se trata y no de la calificación de los crímenes en sí– como norma de *ius cogens* sin más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. Asignan a estas normas la condición de *ius cogens* sin siquiera examinar o al menos enunciar la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basan su conclusión. Es por ello que la segunda afirmación apodíctica del *a quo* –según la cual la reserva legislativa formulada por la República Argentina (art. 4° de la ley 23.313) al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no

es suficiente para quitarle al art. 15.2 su condición de *ius cogens*– arrastra igual vicio, en tanto se asienta sobre una afirmación carente de fundamentación.

A ello cabe agregar que de conformidad con el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el mencionado Pacto se incorporó "en las condiciones de su vigencia". Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, lo que como luego se verá se condice con la importancia y necesidad de "un margen nacional de apreciación" (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; art. 4° de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª comisión, sesiones 1007ª y 1009ª del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960, respectivamente). No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscrita en Santiago de Chile el 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1959).

44) Que, de todos modos, como ya se señaló, tanto la aplicación retroactiva de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" (arts. I y IV) como la de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" (en virtud del art. 15, ap. segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), resultan inaplicables en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional. Al respecto cabe recordar que en el sistema constitucional argentino esta previsión determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con **los principios de derecho público establecidos en esta Constitución**.

45) Que –como ya se afirmó en el citado caso "Arancibia Clavel" (disidencia del juez Fayt)– los alcances de dicha norma fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores del 11

de noviembre de 1859. El 30 de abril de 1860, al discutirse la enmienda 15 que abolía la esclavitud, los convencionales debatieron la cuestión de los tratados a raíz del que la Confederación había firmado con el Brasil y que permitía extraditar a los esclavos que habían ingresado al territorio de la república. Cabe recordar aquí al convencional Estévez Seguí, quien en esa oportunidad consideró que era suficiente con el art. 27 para declarar la nulidad de los tratados que no se ajustasen a los principios de derecho público establecidos por la Constitución.

El artículo citado consagra la supremacía de la Constitución –más precisamente, de los principios constitucionales– frente a los tratados internacionales, y de él proviene la "cláusula constitucional" o "fórmula argentina" expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje "las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país". En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, serán nulos "por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras" (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909 y volumen IX de sus Obras Completas, págs. 306 a 309).

46) Que a través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a "los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; **restringir los derechos civiles, políticos y sociales** reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos... En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, **el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes**" (Joaquín V. González, op. cit., volumen IX, pág. 52; énfasis agregado).

Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva –ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado– el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía.

Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía. Luego es inadmisible "toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación porque el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza" (Joaquín V. González, ibídem). En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional, podría alterar este estado de cosas.

47) Que el límite que el art. 27 de la Constitución Nacional impone a los tratados no le impide a la Nación mantener y cultivar las relaciones de paz, amistad y comercio con las demás Naciones y ser partícipe del desarrollo del derecho internacional y de los diferentes procesos que se orientan a un mayor grado de interdependencia entre los Estados. Las nuevas situaciones y las nuevas necesidades de carácter internacional, no son ajenas al derecho público argentino, tanto en lo que respecta a la participación activa en la formación de los organismos internacionales como las nuevas esferas en que se mueve el derecho internacional público. La protección internacional integral de los derechos humanos y su respeto universal tal como se reseñó *ut supra* constituyen principios esenciales en los que se apontoca el derecho público argentino.

48) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente –y como ya se hiciera referencia– lo que se denomina un "margen nacional de apreciación", doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC–4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (Delmas-Marty Mireille, *Marge nationale d' appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation*, en AAVV, *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 79 ss. y *passim*.).

Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese "margen de apreciación" autónomo de cada Estado –en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional– se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho internacional –con el espacio de autonomías que se reservan los Estados individuales– sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento.

Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus "artículos 14, 16, 17, **18** y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino" (Juan Bautista Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853*, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277, énfasis agregado).

49) Que, en definitiva, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad

de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un **principio de derecho público establecido en esta Constitución** (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos (conf. Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país. En este sentido, cabe recordar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad". Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, pág. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva..." (Naciones Unidas, Asamblea General, 28° período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3/12/73, Nueva York, pág. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación.

Esta circunstancia unida a la reserva formulada respecto del apartado segundo del art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reflejan el comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal, que ha mantenido nuestra República.

50) Que tal como se consignó en el precedente "Arancibia Clavel" –disidencia del juez Fayt– en nada empece lo dicho hasta aquí la nueva jurisprudencia del Tribunal en materia de tratados ni la reforma constitucional del año 1994. Esto es así pues el art. 18 de la Constitución Nacional sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional cuyo origen y contenido fue reseñado *ut supra*.

51) Que a partir del *leading case* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”, sentenciado en el año 1963 (Fallos: 257:99), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases de su doctrina sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Allí se estableció que ni el art. 31 ni el 100 (actual 116) de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se seguía de lo dicho que regía respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *leges posteriores priores contrarias abrogant*. Como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada, también la doctrina y jurisprudencia norteamericanas –citadas en el fallo en cuestión– han admitido desde antiguo la aplicación de este principio. Idéntica doctrina se reiteró en Fallos: 271:7, *in re* “Esso S.A.”, del año 1968.

Esta etapa –que podría calificarse como la de la jurisprudencia tradicional en la materia– se extendió hasta el año 1992, oportunidad en la que la Corte Suprema reelaboró su postura *in re* “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). La doctrina que se deriva del fallo se asienta en dos argumentos distintos: el primero aludía a la condición de acto complejo federal que caracteriza a un tratado y el segundo, al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordemos que esa norma prevé que “(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el 27 de enero de 1980) se configuraba –en principio– para el Tribunal el fundamento normativo –a diferencia de lo que ocurría *in re* “S.A. Martín & Cía. Ltda.”– para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las **normas** internas.

En el voto mayoritario se establece que la Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno. Esta convención –continúa el fallo– ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la **ley**. La aplicación de tal fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado

ante un eventual conflicto con una norma interna contraria. El significado que cabe otorgarle a esta última proposición se explicitará a continuación.

52) Que en ese cometido, cabe recordar que tal como ocurría al dictarse el *leading case* "S.A. Martín & Cía.", los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, **continúan regulando los vínculos entre el derecho internacional y el interno**, normas cuya vigencia no debe desatenderse.

Es por ello que lo afirmado hasta aquí no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa "Miguel Angel Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492). Allí –como ya se señaló– en base al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa en modo alguno que esta Corte Suprema haya conferido mediante esta **norma** *primacía al derecho internacional sobre el* ***derecho*** *interno*. Lo que sí afirmó este Tribunal, es que a diferencia del precedente "S.A. Martín & Cía.", la incorporación de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la **ley**. Sólo así el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional.

53) Que como se adelantó, tampoco la reforma constitucional de 1994 –que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo–, logran conmover este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado es la que debe primar en caso de conflicto.

En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor –dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos– enunciados taxativamente gozaban de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión –con mayoría especial– para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban "artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre

las leyes ordinarias y los demás tratados a *condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento* (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización –de segundo rango– exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte –en tanto custodio e intérprete final de la Constitución– tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación.

54) Que con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso "Cafés La Virginia S.A." (Fallos: 317:1282), en donde se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

55) Que, sin embargo, la cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del Derecho Internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho Interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Esta postura –tal como se precisó en el precedente "Arancibia Clavel", disidencia del juez Fayt– resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino.

56) Que si bien es cierto que en la causa "Fibraca Constructora S.C.A." (Fallos: 316:1669) –y las que a ella se remiten– se estableció que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asignar esa superioridad al tratado internacional "**una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales**", lo que podría hacer pensar en una jurisprudencia que morigera la doctrina sobre la preponderancia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, no resulta claro si esa interpretación también es aplicable respecto de los **tratados de derechos humanos que gozan de "jerarquía constitucional"**, y en caso afirmativo, cuál sería el contenido que cabe asignar a la expresión "una vez asegurados".

57) Que en diversos votos que informan decisiones de esta Corte se ha entendido que con la incorporación de los tratados mencionados

a la Constitución Nacional, ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los tratados del art. 75, inc. 22 y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que "la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir" (conf. causas "Monges", Fallos: 319:3148 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López); "Chocobar", Fallos: 319:3241 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Petric", Fallos: 321:885 (votos de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano); "Rozenblum", Fallos: 321:2314 (disidencia del juez Boggiano); "Cancela", Fallos: 321:2637 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez); "S., V.", Fallos: 324:975 (voto de los jueces Moliné O'Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez); "Menem", Fallos: 324:2895 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Alianza 'Frente para la Unidad'", Fallos: 324:3143 (voto del juez Boggiano); "Guazzoni", Fallos: 324:4433 (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); "Mignone", Fallos: 325:524, votos del los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López; entre muchas otras).

58) Que, por el contrario, la tesis que aquí se propugna toma como base normativa al art. 27 de la Constitución Nacional que prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno. En base a la norma constitucional citada, es al **Poder Judicial** a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional –cualquiera sea su categoría– guarda "conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución" (art. 27 de la Constitución Nacional). En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional, tal como ya se había declarado categóricamente en el voto de los jueces Gabrielli y Guastavino *in re* "Cabrera" (Fallos: 305:2150), en el que se había ejercido el control de constitucionalidad con fundamento en la función que corresponde a la Corte de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional.

59) Que, por lo demás es claro que lo afirmado en los precedentes de la Corte *ut supra* reseñados acerca del juicio de comprobación, resulta inaplicable en lo que respecta a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa

Humanidad" –no así al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, toda vez que aquél es uno de uno de los instrumentos a los que se refiere el párrafo tercero del art. 75, inc. 22, es decir aquéllos cuya jerarquía constitucional ni siquiera ha sido otorgada por el poder constituyente, sino por un poder constituido (ambas cámaras del Congreso con mayoría especial). Resultaría aun más intolerable que un tratado de la categoría descripta desconociera principios infranqueables de nuestra Ley Fundamental, reformándola a extramuros de la técnica constitucional establecida en el art. 30 citado.

60) Que como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resulta incuestionable, es que lo dicho por el señor Procurador General en la citada causa "Cabrera" continúa manteniendo plena vigencia. Allí afirmó que "los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución".

En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es –a su vez– un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

61) Que, entonces, los tratados de derechos humanos a los que hace referencia los párrafo segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados –los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)– y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquellos deban primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el "equilibrio" normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones

con una unidad coherente (conf. arg. voto del juez Fayt en “Petric”, Fallos: 321:885).

De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 –en lo que al caso interesa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro –tercer párrafo del art. 75, inc. 22– (hasta el momento, precisamente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad). En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

Tal como se afirmó en el caso “Arancibia Clavel”, la reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados –cualquiera fuera su categoría– y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7).

Por ello, y en virtud del orden de prelación *ut supra* explicitado, de concluirse que la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” prevé su utilización retroactiva o bien que el apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite la aplicación retroactiva de la “Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas”, estos preceptos resultarían claramente inaplicables. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior –y por lo demás más respetuosa del principio *pro homine*– impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal.

62) Que a poco que se repare en ella, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. En efecto, de su examen no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicar *ex post facto* las normas

mencionadas, vulnere la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional. Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9° de la Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado parte.

El *a quo* estaría abandonando de este modo –con la gravedad que tal temperamento conlleva– un principio liminar como sin dudas lo es el de legalidad a la luz de una evolución jurisprudencial que no necesariamente conduciría a su desamparo. Parece un contrasentido concluir que los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana –que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, como luego se detallará– pueda condecirse con la supresión del principio de legalidad como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal. En este sentido, no debe olvidarse que la Convención Americana establece como norma de interpretación en su art. 29 que "ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". En efecto, la redacción de "esta disposición fue elaborada con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, *en particular aquéllos previamente reconocidos por un Estado*" (OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de enero de 1984, párr. 20; el resaltado no pertenece al original).

63) Que tampoco –y tal como también se señaló en el caso "Arancibia Clavel"–, el indiscutido principio de imprescriptibilidad de la acción penal puede aplicarse con base en el derecho internacional no contractual. Corresponde aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara "...a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda

Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad" (Recomendación Nro. 415 del 28 de enero de 1965). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21°) en la que consideró "que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción" (Documentos Oficiales 39°). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo "afirmar" reemplazó al verbo "enunciar" que contenía el proyecto original.

Esta *afirmación* del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario. Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido o incluso como costumbre internacional.

De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco en base a esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados.

En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* –exhaustiva y no general–, *stricta* –no analógica– y, concretamente en relación al *sub lite*, *scripta* –no consuetudinaria–. Sintetizando: las fuentes difusas

–como característica definitoria de la costumbre internacional– son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.

64) Que es el propio tribunal *a quo*, el que reconoce "el escollo que constituye el artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto desconoce la validez de la aplicación de normas *ex post facto*". Para sortear dicho "escollo" sostiene que esa regla no puede ser invocada en el ámbito del derecho penal internacional –en el que existiría la posibilidad de aplicación retroactiva–, derecho que debe ser directamente aplicado en virtud de la preeminencia del Derecho de Gentes establecida en el art. 118 de la Constitución Nacional.

Sin embargo los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse –tal como pretende la cámara– con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad. Al respecto, cabe recordar que el art. 118 de la Constitución Nacional establece que "(l)a actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Como se advierte, esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos: 324:2885). En efecto, esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba (*Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225) da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes –en ese momento piratería y trata de esclavos– y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo –más allá de su indiscutible valor– se le confiere jerarquía constitucional ni –menos aún– preeminencia sobre la Ley Fundamental.

Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto –como se afirmó– la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (en el mismo sentido ver *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional).

65) Que, en síntesis, el *a quo* reconoció el incumplimiento de las exigencias del principio de legalidad en la aplicación de los tratados internacionales y pretendió resolver tal contradicción concluyendo que el art. 18 de la Constitución Nacional no resulta aplicable en el ámbito del derecho penal internacional con fundamento en la preeminencia del derecho de gentes establecida en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que prescindiría de las reglas que subyacen al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Sin embargo –como se afirmó– sostener que la alusión del art. 118 de la Constitución Nacional al Derecho de Gentes obliga a los tribunales internacionales a aplicar directamente las reglas propias del derecho internacional resulta absolutamente dogmático.

66) Que, por último, corresponde aclarar que las conclusiones a las que se arribó en la causa “Priebke” (Fallos: 318:2148) no pueden

extrapolarse sin más a la cuestión que se debate en el *sub lite*, tal como pretende el *a quo*. En el mencionado precedente debía resolverse una solicitud de extradición –que como tal era regida por el principio de colaboración internacional–. Es decir, se trataba de un supuesto de hecho muy distinto al que aquí se plantea, en tanto en el caso *sub examine* debe decidirse acerca de la atribución de responsabilidad penal a una persona a la que se le ha imputado la comisión de un delito en el ámbito interno de nuestro país.

En efecto, tal como se señala en el voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor (considerando 44) y el voto del juez Bossert (considerando 56) *in re* "Priebke", lo que allí estaba en tela de juicio era la vigencia de los compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición, toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino sólo establecer, si su derecho de permanecer en el país –art. 14 de la Constitución Nacional– debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada. En ese caso, se explicaba que un país soberano como la República de Italia –para el que la acción no estaba prescripta en virtud de su calificación como crimen de lesa humanidad–, solicitara la extradición del imputado sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se había cometido.

En el mencionado precedente solamente se admitió que un tratado –al que había adherido el país requirente y cuya aplicación éste, a su vez, permitía– pudiera ser computado por nuestros tribunales a efectos de conceder una extradición. De ese modo se cumplió con lo que la Organización de las Naciones Unidas había exhortado a los Estados no Partes de la "Convención sobre Imprescriptibilidad" a través de diversas resoluciones en cuanto a su cooperación a los fines de la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de delitos de la envergadura de los crímenes de guerra o de lesa humanidad. El no acceder a esa petición, por lo tanto, contrariaba los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas (Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la "Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad", N° 2338 (XXII) del 18 de diciembre de 1971; N° 2583 (XXIV) del 15 de diciembre 1969; N° 2712 (XXXV) del 15 de diciembre de 1970; N° 2840 (XXVI) del 18 de diciembre de 1971).

Tan así es, que diversas normas que regulan actualmente cuestiones de extradición, han hecho hincapié en la observancia de los intereses del país requirente como modo de evitar con facilidad los obstáculos que presentaban causas como la aquí reseñada. A modo de ejemplo corresponde citar la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal –ley 24.767 del 16 de enero de 1997– que establece como requisito a los fines de la extradición que el delito no esté prescripto en el Estado requirente, sin importar –en base al principio de cooperación internacional– que ya hubiera prescripto en el país requerido (a diferencia de lo que sucedía con la ley 1612). Idéntica postura se adopta en el nuevo convenio en materia de cooperación suscripto con los Estados Unidos de América. De este modo recupera su vigencia un antiguo principio del derecho internacional, según el cual la prescripción debe regirse en virtud del Derecho del país que solicita la entrega (conf. Werner Goldschmidt, *La prescripción penal debe aplicarse de oficio*, ED, Tomo 110, pág. 384 y sgtes.).

Como ya se afirmó, esta particular problemática que fue materia de decisión en el precedente de Fallos: 318:2148, en modo alguno puede ser trasladada –tal como resuelve la cámara– a la situación que se plantea en el *sub lite*, la que requiere de la elaboración de un examen novedoso, en tanto lo que aquí debe decidirse se vincula directamente con el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que "(n)ingún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...". Ese es el principio que integra el orden público argentino y que no puede ser vulnerado con la aplicación de una norma sancionada *ex post facto*.

67) Que de las dificultades para lograr la punición en estos aberrantes casos, fue también consciente el propio legislador quien con el objetivo de establecer soluciones anticipatorias para casos análogos modificó por medio de la ley 25.188 el art. 67 del Código Penal, incorporando una nueva causal de suspensión de la prescripción "hasta tanto se restablezca el orden constitucional", cuanto menos, en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal.

68) Que todo lo dicho reafirma la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, principio que se encuentra también reconocido –aunque con menor extensión– a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. 9 de la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

69) Que, como se afirmó, el punto de partida del *a quo* hasta aquí reseñado importó, a su vez, asumir implícitamente que las acciones no podían estar cubiertas por las leyes de "punto final" y "obediencia debida", como luego explicitó. Al respecto cabe recordar el debate parlamentario de la ley de "punto final", en el que puede verse claramente que la extinción anticipada de la acción penal en el caso de la "ley de punto final", "no estuvo motivada por el decaimiento del interés social en la punición de los delitos a los que se refiere" –uno de los fundamentos de la prescripción–, sino –principalmente– en su contribución al proceso de pacificación (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, del 23 y 24 de diciembre de 1986, págs. 7827/7828 y de la Cámara de Senadores del 22 de diciembre de 1986, págs. 4607/4608 y 4645, citado en Fallos: 316:532).

70) Que corresponde, entonces, que en atención a la declaración de inconstitucionalidad por el *a quo* de las "leyes de punto final" y "obediencia debida", se traten los argumentos que condujeron a esa solución. Para ello bastaría con remitir al precedente de Fallos: 310:1162 *in re* "Camps".

Sin embargo, la cámara afirmó que el criterio de la Corte Suprema de Justicia en los casos "Camps" y "ESMA" merece ser revisado a la luz de su jurisprudencia posterior a 1991 a partir de lo resuelto en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) y fundamentalmente, por la nueva perspectiva en la valoración de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tal como se explicitó *ut supra* si bien respecto del principio de imprescriptibilidad. Específicamente, concluyó que en virtud de esos nuevos argumentos ya no cabía el rechazo por el que esta Corte se había pronunciado en la causa "ESMA" con respecto a la aplicación de la "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" (aprobada por ley 23.338), la que –en lo que aquí interesa– excluye la eximente de obediencia debida en el caso del delito de tortura.

Para fundar tal aserto, también se refirió en este caso al cambio en la jurisprudencia tradicional de esta Corte en cuanto a la relación entre los tratados y las leyes, así como a lo previsto en el art. 27 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según el *a quo* –como ya se afirmó– esta norma confirió "primacía al derecho internacional sobre el derecho interno", a lo que debía sumarse la reforma constitucional del año 1994. Esta situación imponía revisar los criterios relativos a la jerarquía de las normas internas y los instrumentos internacionales y modificar los parámetros tradicionalmente utilizados para adaptarlos a la nueva realidad impuesta.

71) Que, sin embargo, el tribunal *a quo* no explica cómo este cambio jurisprudencial y constitucional es capaz de alterar lo resuelto por este Tribunal en la causa "ESMA" y en las que la sucedieron. Y no logra explicarlo porque sencillamente no lo altera, en virtud de lo que seguidamente se expondrá.

72) Que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. en 1984 y firmada por la República Argentina el 4 de enero de 1985. Poco después fue sancionada la ley 23.338 –por la cual el Congreso aprobó el Tratado con fecha 30 de julio de 1986– y el 2 de septiembre de 1986 fue firmado el instrumento argentino de ratificación. La ley fue publicada el 26 de febrero de 1987 y la Convención entró en vigor el 26 de junio de 1987. En su art. 1° define qué debe entenderse por "**tortura**", mientras que en el art. 2°, inc. 3°, se establece que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura". Actualmente ostenta jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

73) Que en la causa "ESMA" este Tribunal afirmó –como ya fue señalado– que esta Convención resultaba inaplicable por tratarse de una norma *ex post facto* más gravosa –voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi– (no juega aquí tal como pretende el *a quo*, el principio "legal" de la aplicación de la ley penal más benigna que, por lo demás, merced a la reforma del año 1994 también adquirió jerarquía constitucional, conf. el art. 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Ni la nueva jurisprudencia del Tribunal ni la reforma constitucional mencionada permite que la aplicación de tratados internacionales importe vulnerar el principio de legalidad en cualquiera de sus corolarios. Por ello, todos los argumentos desarrollados *ut supra* respecto de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de

Personas", del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" son aquí directamente aplicables, en tanto **ningún presupuesto de la punibilidad** puede estar fundamentado en una ley posterior al hecho del proceso.

Sentado lo anterior, todo lo que pudo afirmarse respecto de la relación entre tratados y Constitución Nacional en las causas "Camps" y "ESMA" puede convalidarse sin ambages hoy, pues si bien es cierto que al momento de dictarse la sentencia *in re* "S.A. Martín" los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional regulaban los vínculos entre el derecho internacional y el interno, –tal como afirma la cámara–, no lo es menos que continúan haciéndolo actualmente (v. *ut supra*). Esta circunstancia determina que –por lo menos en lo que hace a esta cuestión– resulte innecesario rever el precedente tal como propicia el *a quo*. Como se dijo, la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura es posterior a los hechos de la causa, razón por la cual en virtud de la preeminencia del art. 18 de la Constitución Nacional resulta totalmente inaplicable.

74) Que fue el propio Comité contra la tortura el que indicó respecto del caso argentino que "a los efectos de la Convención 'tortura' sólo puede significar la tortura practicada posteriormente a la entrada en vigor de la Convención. Por consiguiente (...) la Convención no abarca los actos de tortura cometidos [en el caso] en 1976, diez años antes de la entrada en vigor de la Convención..." (CAT/C/3/ D/1, 2 y 3/1988, pp. 7-8. Comunicaciones Nos. 1/1988 y 3/1988, O.R., M.M. y M.S. contra Argentina, Decisión del 23 de noviembre de 1989). Ello de conformidad con el principio general de que los tratados rigen desde su entrada en vigor (principio de irretroactividad de los tratados, art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Si aun se entendiera que no está aquí en cuestión el tipo penal de tortura sino el deber impuesto por la Convención que impedía desincriminarlo, ésta también es posterior a la sanción de la ley de Obediencia Debida el 8 de junio de 1987. Sobre el punto también señaló el Comité respecto del caso argentino que "la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes entró en vigor el 26 de junio de 1987. A este respecto el Comité observa que la Convención tiene efecto sólo desde esa fecha y no puede ser aplicada retroactivamente. Por consiguiente, la promulgación de la

Ley de 'Punto Final', del 24 de diciembre de 1986, y la promulgación, el 8 de junio de 1987 de la Ley de 'Obediencia Debida' no podían, *ratione temporis*, haber violado una convención que no había entrado todavía en vigor" (CAT, *ibidem*). El Comité, entonces se pronunció en el mismo sentido en el que esta Corte lo había hecho en Fallos: 311:401, voto de la mayoría y voto concurrente del juez Petracchi).

En similar línea argumental, puede también citarse el caso "Pinochet", en el que la Cámara de los Lores consideró que éste había perdido su inmunidad "*ratione materiae* en relación al delito de tortura el 30 de octubre de 1988, fecha en que la Convención [sobre la Tortura] entró en vigor en Chile... Pero resulta también aceptable que Pinochet haya seguido teniendo inmunidad hasta el 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención" (*in re* Regina v. Bartle and the Comissioner of Police for the Metroplis and Others. Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), sentencia del 24.3.99, publ. en Investigaciones 2 (1999), Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, CSJN, pág. 292 ss; (también citado por el juez Fayt en A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259–", del 24 de agosto de 2004, Fallos: 327:3294).

75) Que tampoco la sanción de las leyes incumple los deberes impuestos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, argumento que en definitiva condujo a la cámara a declarar su invalidez y a distanciarse drásticamente de la línea jurisprudencial sentada por esta Corte, lo que también fue propiciado por el señor Procurador General de la Nación. Este último consideró en uno de sus dictámenes que se trataba de nuevos argumentos producto de la evolución del pensamiento universal en materia de derechos humanos y agregó que es a la luz de este "nuevo paradigma valorativo" que se imponía la revisión de la sentencia "Camps".

En concreto, expusieron que las leyes cuestionadas resultarían incompatibles con el deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Con el dictado de las leyes 23.492 y 23.521 se habrían violado los deberes de "respeto" y "garantía" asumidos en base a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

76) Que al respecto, debe recordarse previamente, que en el discurso inaugural ante la Asamblea Legislativa del 10 de diciembre de 1983, el presidente electo anunció un paquete de medidas entre las que se incluía la ratificación de varios tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la vez se proponía la modificación de las normas del Código Militar respecto de la obediencia debida, entre otras cuestiones (conf. Nino Carlos, *Juicio al Mal Absoluto*, págs. 114 sgtes.). La Convención Americana de Derechos Humanos –ley 23.054– fue aprobada el 1° de marzo de 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas –ley 23.313– el 17 de abril de 1986. La antecesora de la ley de "obediencia debida", ley 23.049 del 15 de febrero de 1984 –sobre la que *ut infra* se hará referencia–, comenzó a regir entonces con anterioridad a la aprobación de los tratados. Pocos meses después de aprobarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se sancionaron las leyes de "punto final" (29 de diciembre de 1986) y luego la de "obediencia debida" (8 de junio de 1987).

Estos tratados, entonces, ya se encontraban vigentes a la época del dictado del fallo "Camps". Es por ello, que el juez Petracchi sostuvo en dicha oportunidad que debían valorarse especialmente los compromisos internacionales asumidos, no comprobándose contradicción o incompatibilidad alguna. En Fallos: 311:734 *in re* "Riveros" se afirmó expresamente que no era atendible la impugnación de la ley 23.521 con fundamento en su presunta oposición a la "Convención para la Prevención y Represión del delito de Genocidio".

77) Que sabido es que el deber de respeto consiste en no violar los derechos y libertades proclamados en los tratados de derechos humanos y el deber de garantía en la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Ambos se encuentran previstos en el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El deber de garantía violado consistiría en la obligación de investigar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *leading case* "Velázquez Rodríguez", Serie C N° 4 del 29 de julio de 1988) que a su vez implicaría –aquí el argumento novedoso– la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto sustraer a las víctimas de esos hechos de protección judicial incurriendo en una violación de los arts. 8 y 25 de la Convención (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso conocido como "Ba-

rrios Altos", Serie C N° 45, párr. 43, sentencia del 14 de marzo de 2001). Sobre esta decisión se apoya el mayor peso de la argumentación del *a quo* y del señor Procurador General. También fundan su conclusión en lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 28/92, en tanto ésta habría afirmado que las leyes de obediencia debida y punto final resultarían incompatibles con el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Empero, la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" no resulta trasladable al estudio de las normas que aquí se cuestionan. En efecto, ninguna de las afirmaciones que integrarían el "nuevo paradigma" son aplicables a las leyes de obediencia debida y punto final, por los motivos que a continuación se expondrán.

78) Que el razonamiento de la cámara y del señor Procurador General –quien lo expresa con mayor claridad– podría sintetizarse de la siguiente manera: las leyes que sustraen a la víctima de protección judicial son violatorias de la Convención Americana, de modo tal que las leyes de punto final y obediencia debida son violatorias de la Convención Americana. Tal conclusión supone partir de una premisa implícita: que las leyes de punto final y obediencia debida sustraen a la víctima de protección judicial.

Esta visión resulta nuevamente, a criterio de esta Corte, absolutamente dogmática. Cabe aclarar que en el caso "Barrios Altos" las normas impugnadas eran las leyes peruanas de autoamnistía 26.479 y 26.492 que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y también civiles que hubieran sido objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por hechos cometidos entre 1980 y 1995 de violaciones a los derechos humanos. En virtud de esas leyes, las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad fueron dejadas sin efecto inmediatamente, quedando así los hechos impunes. Por ello en "Barrios Altos" la Corte Interamericana concluyó que las víctimas tenían derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes (párr. 48). Como puede observarse, existen varias diferencias entre las normas allí cuestionadas y las que aquí se impugnan, no sólo por su *origen*, sino también por sus *efectos*. En el mismo sentido, cabe destacar que las normas cuestionadas en "Ba-

rrios Altos" se asemejan mucho más a la ya nombrada Ley de Pacificación Nacional y sobre la que este Tribunal expresó su más enérgico rechazo hace más de quince años (sin necesitar para ello invocar la existencia de un nuevo paradigma).

79) Que respecto al origen de las normas, no resulta fútil la diferencia que hay entre un perdón –sin necesidad de entrar aquí sobre la cuestión tratada en "Camps" acerca de su naturaleza– emanado de un nuevo gobierno –sobre todo si éste es democrático– que uno que emerge del propio gobierno bajo cuyas órdenes se cometieron los delitos en cuestión. En primer lugar porque –como se afirmó *ut supra*– de esta última manera sí logra extenderse el poder ilimitado que antes se tenía. Es por ello que el juez Cançado Trindade considera en su voto concurrente (caso "Barrios Altos") que las autoamnistías son una modalidad perversa (conf. párr. 6). Por otra parte, como se señala en el voto concurrente del juez García Ramírez, las autoamnistías expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos difieren de las amnistías "que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables" (párr. 10).

80) Que, por lo demás, en la sentencia de "Barrios Altos" también se destaca que el proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido; antes bien, se sancionó en cuestión de horas (ver punto i). Son diferencias con las leyes que aquí se cuestionan que no pueden pasar inadvertidas.

En efecto, el proyecto de juzgar a los comandantes y a los oficiales de más alto rango –y no a todos los involucrados en las violaciones de derechos humanos–, ya formaba parte de la propuesta electoral del año 1983 del candidato presidencial que resultó electo. Así, cabe mencionar el acto público realizado en la Federación Argentina de Colegios de Abogados en agosto de 1983, en el que dicho candidato –que triunfó con el 52% de los votos– diferenció tres categorías de responsabilidad entre los militares involucrados, distingo que fue reiterado –también públicamente– cuatro días antes de los comicios electorales (Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, cit., ed. Emecé, 1997, págs. 106 y 110). Al mismo tiempo denunció un pacto secreto de impunidad entre la cúpula militar y dirigentes sindicales. Por su parte, el candidato del que luego resultó el partido opositor –a la sazón quien suscribiera como presidente provisional del Senado en ejercicio del Poder Ejecutivo, los decretos 2770, 2771 y 2772 de noviembre de 1975, complementarios del crucial decreto firmado en febrero de ese mismo año por

María Estela Martínez de Perón y sus ministros, conocidos todos como "decretos de aniquilamiento"–, se había proclamado –tal como dieron cuenta los medios de prensa– partidario de mantener la validez irrestricta de la ley 22.924 –de autoamnistía– dictada por el gobierno militar.

En concordancia con su propuesta electoral, el presidente electo a poco de asumir su cargo envió al Congreso Nacional, un proyecto de ley en el que se establecía un criterio de distinción de responsabilidades entre los integrantes de las Fuerzas Armadas. El 15 de febrero de 1984 fue sancionada la ley 23.049, que como resultado de la propuesta de uno de los miembros de la cámara alta estableció expresamente que los actos aberrantes o atroces debían exceptuarse de la presunción por error acerca de la legitimidad de las órdenes (v. debate parlamentario). De ese modo la ley finalmente aprobada tomó cierta distancia respecto del proyecto del presidente electo (conf. Nino, *Juicio al Mal Absoluto,* pág. 123).

Sin perjuicio de ello dicho proyecto se vio luego reflejado en el texto de la cuestionada ley 23.521 –ocasión en la que no prosperó la objeción antes señalada–. Por lo demás, esta ley, a diferencia de la de autoamnistía –dictada cuando la Constitución Nacional se "había visto reducida a norma de tercer orden, mientras en las mismas manos se unía el dominio de los hechos al pleno poder legisferante" (Fallos: 309:5, pág. 1762, voto del juez Fayt)–, cumplió acabadamente con los requisitos de legalidad, legitimidad, validez y vigencia. En ese sentido, debe recordarse que es legítimo un gobierno instituido conforme a las previsiones constitucionales y que un gobierno legítimo es también un gobierno legal cuando actúa conforme a las leyes positivas (el primero se refiere a la investidura, el segundo a la actividad).

En efecto, tanto la ley de "obediencia debida" como la de "punto final" tuvieron su origen en proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo de *iure* que fueron –a su vez– votados por el órgano de creación de normas estatuido en la Ley Fundamental, cuyos integrantes, a su vez, fueron legítimamente elegidos. A ello cabe agregar que la sanción de la ley 23.492 contó con el presentismo casi completo de ambas Cámaras del Congreso, que en la Cámara de Diputados fue aprobada por 125 votos a favor, 17 en contra y una abstención (cfr. Diario de Sesiones, Reunión 63a., 23 y 24 de diciembre de 1986, págs. 7792/7855), y en el Senado por 25 votos a favor y 10 en contra (cfr. Diario de Sesiones, Reunión 36a., 22 de diciembre de 1986, págs.

4499/4668). A su vez, la ley 23.521 fue votada en la Cámara de Diputados por 119 votos a favor y 59 en contra (Diario de Sesiones, Reunión 8a., 15 y 16 de mayo de 1987, págs. 617/787) y en la Cámara de Senadores obtuvo 23 votos a favor y 4 en contra (Diario de Sesiones, Reunión 7a., 28 y 29 de mayo de 1987, págs. 476/538). Este resultado, por lo demás, fue producto de un consenso entre los partidos más representativos, pluralidad que claramente se infiere de la composición mayoritaria que en el Senado detentaba el partido de la oposición (conf. Nino, *op. cit.*, pág. 159). Por lo demás, de los debates parlamentarios de las ya mencionadas leyes 24.952 y 25.779 –derogación y declaración de nulidad– no surge que eventuales vicios congénitos en el proceso de sanción de las leyes cuestionadas, hayan constituido el argumento expulsor que inspiró a la mayoría a sancionarlas.

El sustento democrático al que se refiere el juez García Ramírez en “Barrios Altos” es aquí claramente apreciable en tanto las leyes 23.492 y 23.521 transitaron por todos los procedimientos regulares de sanción, promulgación y control judicial suficientes, establecidos en la Constitución Nacional, con la intervención de los tres poderes del Estado. También resulta claro que las leyes fueron el resultado de un “proceso de pacificación” tal como lo exige el magistrado mencionado. Tan así fue que incluso en aquellos casos en los que se cometieron delitos desvinculados de los objetivos de represión de actividades subversivas pero en cuya comisión se utilizaron los mismos medios proporcionados por el aparato represivo, esta Corte no hizo lugar a la aplicación de las leyes cuestionadas, en tanto como afirmó más recientemente, su beneficio sólo “se fundaba en el interés social y esta(ba) destinado únicamente a quienes ha(bían) mantenido en su accionar antisubversivo y por causa de él un vínculo incontestado y cuya reconciliación con el resto de la sociedad se (había) pers(eguido) mediante el dictado de la norma de excepción” (Fallos: 316:532 y 316:2171). En el mismo sentido del proceso pacificador son también elocuentes las consideraciones del juez Petracchi *in re* “Camps” (Fallos: 310:1162).

De lo dicho en los considerandos precedentes, puede concluirse que resulta arbitraria una declaración de inconstitucionalidad, cuyo fundamento consista en que las leyes hoy cuestionadas no pueden superar respecto de su origen el estándar exigido en el caso “Barrios Altos”.

81) Que tampoco respecto de los efectos, puede trasladarse lo decidido en “Barrios Altos”, pues mientras las leyes sancionadas en el

caso peruano implicaban la absoluta impunidad de los actos (*passim*, especialmente párr. 43 de la mayoría y párr. 13 del voto concurrente del juez García Ramírez), las leyes argentinas no impidieron que continuaran los procesos contra aquellos a quienes la norma no exoneraba. En efecto, en el año 1989 –dos años después de la declaración de constitucionalidad de la ley de obediencia debida en el caso "Camps"– casi 400 militares se encontraban bajo proceso y los principales responsables habían sido condenados (conf. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, pág. 162). Esta circunstancia es incluso puesta de resalto por el *a quo* en el punto VII de la resolución, quien refiere que "las **investigaciones continuaron** respecto de quienes no estaban comprendidos en la ley 23.521" (énfasis agregado).

Consecuencia de lo anterior es que, asimismo, no sería necesario declarar la inconstitucionalidad de las leyes con el objeto de que se investiguen los hechos que se imputan en esta causa y se sancione a los responsables, a fin de cumplir con los deberes impuestos por la Convención Americana, toda vez que varios de los militares aquí querellados por el Centro de Estudio Legales y Sociales no se verían –en virtud de su jerarquía– alcanzados por las previsiones impugnadas; prueba de ello es que los imputados Suárez Mason –comandante del I Cuerpo del Ejército–, José Montes –segundo comandante del I Cuerpo del Ejército– y Andrés Ferrero –segundo comandante del I Cuerpo del Ejército– fueron beneficiados con los indultos que se dictaron a su favor respecto de diversas causas (decreto 1002/89 –Montes y Ferrero– y 2746/90 –Suárez Mason–).

82) Que, además, mientras que en el caso de la Corte Interamericana se afirma que se impidió a las víctimas conocer la verdad de los hechos ocurridos en "Barrios Altos" (ver párr. 47), no puede decirse lo mismo del caso argentino y en especial respecto de los hechos que aquí se imputan: los sucesivos secuestros de Gertrudis Hlaczick de Poblete y de José Liborio Poblete.

Ello es así, pues los casos indicados fueron individualizados bajo los nros. 93 y 94 ya en el citado "juicio a las juntas" (ver en Fallos: 309:5, págs. 500 a 504). Allí se describió que Gertrudis Hlaczick de Poblete fue detenida en su domicilio de la localidad de Guernica entre los días 27 y 28 de noviembre de 1978. En la misma fecha se produjo la detención de su esposo José Liborio Poblete. También se consideró probado que se los mantuvo en cautiverio en los sitios destinados al funcionamiento de los centros clandestinos de detención denomina-

dos “El Banco” y “El Olimpo”, pertenecientes a la Policía Federal, que actuaba bajo el comando operacional del Primer Cuerpo del Ejército. No se dio por probada la aplicación de tormentos aunque sí la imposición de condiciones inhumanas de vida y alojamiento. La privación de la libertad respondió al proceder descripto en el capítulo XX, págs. 285 a 305 de Fallos: 309:5. En efecto, en la causa 13/84 se consignaron los hechos con precisión –como tuvo oportunidad de comprobarlo esta Corte– indicándose “la fecha de ocurrencia del hecho, el lugar donde se consumó, el resultado principal, y a veces, otros secundarios, el sitio donde fue conducida la víctima y aquellos a los que fue trasladada, así como la fecha de liberación en caso de haber tenido lugar” (dictamen del señor Procurador General en Fallos: 307:1615), tratándose por lo tanto de “hechos precisos, exactos y definidos” (Fallos: 307:2348 *in re* “Videla” voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt). También se tuvo por cierto que el teniente general Roberto Eduardo Viola, como comandante en jefe del Ejército, a partir del 1° de agosto de 1978, dio órdenes de seguir combatiendo a la subversión –en la forma allí descripta–, por lo que debía responder por todos los actos delictuosos que durante el lapso de su desempeño en tal carácter se cometieron en forma inmediata por subordinados suyos, y que se adecuan al sistema que ordenó o que, sin integrarlo necesariamente, fueron su consecuencia y los asintió. Ello incluía los hechos de carácter permanente, para los que aún iniciada su comisión antes de que asumiera su comandancia, existían pruebas de que continuaba su ejecución. En función de ello fue considerado autor doloso –entre otros delitos– de privación ilegal de la libertad, calificada por haber sido cometida con violencia y amenazas, –art. 144 bis, inc. 1°, y último párrafo en la redacción de la ley 14.616 y art. 142, inc. 1° según la ley 20.642– reiterada en 86 oportunidades (Casos: ...93, 94...) y en definitiva condenado (págs. 1626 s.). Dicha condena fue confirmada por esta Corte en Fallos: 309:5 (ver voto del juez Fayt en pág. 1762).

83) Que la imposibilidad de condenar en la presente causa al entonces suboficial de la Policía Federal Julio Héctor Simón no puede equipararse a la “indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad” de la que se da cuenta en “Barrios Altos”. Cabe reiterar que las leyes de “punto final” y “obediencia debida” no sustrajeron a las víctimas de protección judicial, simplemente establecieron un plazo para denunciar y, posteriormente, la exoneración de quienes eran subordinados. El derecho de la víctima a obtener la condena de una persona en concreto, de ninguna manera se compadece con la visión del castigo en un Estado de Derecho. El deber de investigar en modo

alguno implica condenar a todos los sujetos involucrados, sin distinción de responsabilidad y sin límite temporal. En efecto, la no impunidad no significa necesariamente que todos los involucrados deban ser castigados. Si esto fuera así debería, por ejemplo, condenarse, a personas inimputables, con sólo comprobarse que con su conducta se violaron derechos reconocidos por la Convención.

Los niveles de responsabilidad establecidos tenían por lo demás alcances razonables. En el caso se trata de un suboficial y la ley había establecido una presunción *iuris et de iure* de que carecieron de capacidad decisoria quienes revistaban a la fecha de la comisión del hecho como oficiales jefes, oficiales subalternos, **suboficiales** y personal de tropa –oficiales de bajo y mediano rango– (ver voto del juez Petracchi en Fallos: 311:401 *in re* "ESMA"). Debe recordarse que según el juez García Ramírez no es contraria a la Convención una ley de "amnistía" que tenga alcances razonables. Tal como da cuenta el juez Petracchi las concesiones otorgadas por el legislador hallaban un fundamento razonable en una característica que a todas ellas comprendía: la falta de capacidad decisoria (Fallos: 310:1162).

84) Que tampoco los casos posteriores a "Barrios Altos", vgr. "Trujillo Oroza – Reparaciones", Serie C N° 92, sentencia del 27 de febrero de 2002; "Benavides Cevallos – cumplimiento de sentencia", sentencia del 9 de septiembre de 2003; "Molina Theissen", Serie C N° 106, sentencia del 4 de mayo de 2004; "19 Comerciantes", Serie C N° 109, sentencia del 5 de julio de 2004; "Hermanos Gómez Paquiyaurí", Serie C N° 110, sentencia del 8 de julio de 2004; "Tibí", Serie C N° 114, sentencia del 7 de septiembre de 2004; "Masacre Plan de Sánchez", Serie C N° 116, sentencia del 19 de noviembre de 2004; "Carpio Nicolle y otros", Serie C N° 117, sentencia del 22 de noviembre de 2004; "Hermanas Serrano Cruz", Serie C N° 120, sentencia del 1° de marzo de 2005 y "Huilca Tecse", Serie C N° 121, sentencia del 3 de marzo de 2005, citados por el señor Procurador General pueden considerarse supuestos equiparables al que se debate en el *sub lite*, en tanto se trataba de causas en las que derechamente se negó toda posibilidad de investigación, configurándose en muchos de ellos auténticas situaciones de "denegación de justicia". Basta para arribar a esa conclusión con observar lo dicho por la Corte Interamericana en esos casos, la que se refirió a recursos judiciales inoperantes, a archivos de causas en las que no se desarrolló la más mínima posibilidad de determinar lo acontecido y a verdaderas situaciones de encubrimiento. No pueden parangonarse estos casos al de la República Argentina, en el

que no sólo hubo condenas para los máximos responsables, sino la continuación de procesos que las leyes que se cuestionan en el *sub examine* no eran capaces de detener.

85) Que por ello no pueden extrapolarse las conclusiones de la Corte Interamericana tampoco en cuanto a los efectos, pues ésta de ningún modo se pronunció sobre leyes que establecieron un plazo o que dejaron intacta la responsabilidad de los militares de mediano y alto rango que fueron quienes, en última instancia, ejercieron un poder casi ilimitado; leyes, por lo demás, nacidas en el contexto de la pacificación nacional. En síntesis, no puede concluirse que con el dictado de las leyes de obediencia debida y punto final, el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en los instrumentos internacionales citados (tal como ya se había afirmado en el caso "Camps" e insistido incluso en casos posteriores al dictado de la sentencia de la Corte Interamericana *in re* "Velázquez Rodríguez", tales como los publicados en Fallos: 312:111, 718, y 1334, entre otros). No puede afirmarse que a partir del caso "Barrios Altos" las leyes de punto final y obediencia debida resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto parece insostenible que en base **a una interpretación sobre la interpretación** que la Corte Interamericana realiza para un caso totalmente disímil respecto del art. 1.1. de la Convención –que se encontraba vigente al dictarse el fallo de esta Corte *in re* "Camps"–, se declare hoy a esa misma ley inconstitucional.

En efecto, constituye un grave error que se declare inconstitucional una norma invocando un nuevo paradigma que nada tiene de nuevo, una decisión que no es aplicable al caso y una interpretación dinámica que no es tal.

86) Que tampoco las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –por lo demás órgano político y no jurisdiccional– que sí se refieren a la situación argentina, enervan lo decidido en "Camps". Allí se afirmó que se había cerrado **toda** posibilidad jurídica de continuar los juicios, violándose los arts. 8 y 25 de la Convención. Empero, la remisión hecha por el *a quo* a esa decisión, constituye un supuesto de arbitrariedad en tanto las conclusiones a las que en ese informe se arriban, parten de un plexo normativo distinto al que aquí se cuestiona. En efecto, el informe 28/92 se refiere a las leyes 23.492 (punto final), 23.521 (obediencia debida) y al decreto 1002/89 (decreto presidencial de indulto). Las conclusiones no son trasladables sin más,

en tanto ese informe analiza en su conjunto las tres normas mencionadas (ver sus puntos 32, 37 y 50).

No debe soslayarse que los indultos dictados en los años 1989 –decreto 1002– y 1990 –decretos 2741, 2745 y 2746– exoneraron a decenas de militares de alta graduación, a los comandantes que habían sido juzgados –Fallos: 309:5, pág. 1689– y a los jefes de policía condenados por esta Corte Camps y Ricchieri. Como se dijo, la Comisión Interamericana en su informe parte de otro conjunto normativo al que en el *sub lite* se cuestiona y esa diferencia no es banal. Piénsese que si por vía de hipótesis estos indultos no hubieran tenido lugar, es claro que no podría afirmarse tan fácilmente que las leyes impugnadas convertían a los hechos investigados en impunes, y por tanto violatorios de la Convención. ¿Pueden entonces esas leyes devenir inconstitucionales por el dictado de otra norma? Como pauta hermenéutica cabe plantearse que bien pudo el legislador que votó por las leyes de "punto final" y "obediencia debida", considerar que con su sanción no se producía la situación de impunidad que condenan los tratados internacionales adoptados.

87) Que tampoco logra conmover lo dicho en el precedente "Camps", el argumento del señor Procurador General, quien afirma que por imperio del art. 29 de la Constitución Nacional no son amnistiables los delitos concretos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, circunstancia que tornaría inconstitucional la sanción de las leyes 23.492 y 23.521.

Para arribar a tal conclusión parte de la premisa según la cual lo prescripto por el art. 29 de la Constitución Nacional no se agota en la **prohibición y condena** a la concesión y ejercicio de la suma del poder público sino que implica asimismo un límite a la facultad legislativa de **amnistiar** tanto a los miembros del Poder Legislativo que hubieran otorgado esas facultades prohibidas como a aquellos que las hubieran ejercido. A partir de esa primera afirmación, concluye según "un desarrollo consecuente del mismo criterio interpretativo" que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público son susceptibles de ser amnistiados o perdonados.

En suma el señor Procurador General expone lo que pretende ser un *argumentum a maiore ad minus*, en tanto sostiene que sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el

ejercicio de la suma del poder público, pero sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio.

Sin embargo, lo que parece un simple silogismo resulta un razonamiento sofista, toda vez que no puede arribarse a esa conclusión sin incurrir en artificiosas interpretaciones acerca del objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional. Por ello, bien puede no ser amnistiable la concesión y el ejercicio de la suma del poder público y sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio sin violentar ningún esquema de lógica elemental.

Para llegar a esta conclusión es necesario, en primer lugar, realizar algunas aclaraciones con respecto al texto del art. 29 de la Constitución Nacional, cuyo origen y contenido fue definido "como doctrina nacional impuesta por la experiencia histórica local" (Seco Villalba José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, ed. Depalma, 1943, pág. 161). Se ha dicho sobre este artículo –según la expresión difundida– que fue escrito con la sangre de dos generaciones, circunstancias históricas que le otorgan una singularidad especialísima dentro de nuestra doctrina constitucional (Fallos: 234:250).

88) Que se trata de un tipo penal constitucional, cuyo sujeto activo sólo puede ser un miembro del Poder Legislativo nacional o de las legislaturas provinciales. El texto del artículo es en ese sentido claro. Más elocuentes resultan aun las palabras del constituyente: "los **únicos** que p[ueden] conceder las facultades extraordinarias, otorgar sumisiones e incurrir en la pena de los infames traidores a la patria [son] los diputados del Congreso o de la legislatura provincial" (conf. constituyente Zavalía, debate de la Asamblea General Constituyente, sesión del 25 de abril de 1853; énfasis agregado).

Prueba de que sólo a los legisladores está dirigida la prohibición es precisamente su inserción constitucional. Resulta explícito: si su jerarquía hubiera sido sólo legal, el legislador no habría podido –sin allanar los fueros parlamentarios–, calificar penalmente la prohibición que contiene este precepto, cuya incorporación constitucional es el único fundamento jurídico de su validez represiva (conf. dictamen del señor Procurador General Sebastián Soler en Fallos: 234:250). Tuvo que tener idéntica jerarquía para funcionar como excepción a las inmunidades parlamentarias.

Y sólo los legisladores pueden ser los sujetos activos de este delito porque justamente lo que se castiga es la **traición** de aquellos que fueron elegidos como representantes del pueblo y que –apartándose de ese mandato– conceden la suma del poder público. Para traicionar es necesario quebrantar un deber de lealtad.

En este sentido ya manifestaba John Locke que "(l)os individuos entran en la sociedad política con el fin de preservar su propiedad y su libertad (...) y cuando los legisladores se colocan en un estado de guerra con el pueblo, cuando ellos emprendan acciones tales como quitarles propiedades o reducirlos a la esclavitud (...) Cuando quiera que [estos legisladores] transgreden estas reglas sociales (de lealtad, etc.) por ambición, locura o corrupción... se colocan a sí mismos, o colocan a otros en manos de cualquier persona con poder absoluto sobre sus vidas, libertad y propiedad... ellos renuncian así al poder que el pueblo había puesto en sus manos con la finalidad contraria..." (Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, trad. Carlos Mellizo, Madrid, ed. 1990).

Esa traición sólo puede ser ejercida por quienes violan la confianza de los contratantes. El bien jurídico protegido es la confianza que los electores depositan en sus representantes. Por ello la necesidad del constituyente de revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que **deben** los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo (dictamen de Sebastián Soler en Fallos: 234:250, énfasis agregado). El enérgico texto constitucional arroja una tremenda responsabilidad sobre los legisladores que conceden poderes tiránicos violando el Contrato Social. Sintetizando: el art. 29 de la Constitución castiga exclusivamente a los legisladores que concedieron facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Sin embargo una interpretación más generosa permitiría considerar que quienes **ejercieron** esas facultades extraordinarias o la suma del poder público concedidos por el legislador también serían pasibles de la sanción que allí se prevé.

89) Que, las usurpaciones militares del poder político no pueden subsumirse en ninguna de esas dos figuras. Prueba de la laguna existente en esa materia es la incorporación del art. 36 en la reforma de 1994. Allí se prevé la **misma sanción** que la del art. 29 para quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema de-

mocrático, pero de ningún modo identifica las dos situaciones. En ese caso no hubiera sido necesaria la incorporación.

Ahora bien, esto no significa negar que quienes detentaron la cúspide del aparato estatal entre los años 1976-1983 ejercieron "el máximo control imaginable" (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Es por ello que aun considerando que las conductas de quienes ejercieron tanto poder pudieran enmarcarse en el art. 29 de la Constitución Nacional –por lo tanto no amnistiables–, lo que resulta a todas luces inconcebible, es que a partir de allí pueda establecerse un *argumentum a maiore ad minus*, pues como se dijo bien puede no ser amnistiable la concesión y el ejercicio de la suma del poder público y sí los delitos cometidos en el marco de ese ejercicio, en tanto lo que seguro escapa al objeto de protección de la norma son aquellos sujetos que no asumieron la suma del poder público. No hay entre quienes ejercen la suma del poder público y quienes cometen delitos en el marco de ese poder una relación de "más" a "menos", pues en ambos casos son bienes jurídicos totalmente distintos los que se lesionan. Aquellos bienes que vulneraron los subordinados no constituyen el objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional. En el caso de los subordinados ya ni remotamente puede hablarse de traición, en tanto lo que castiga la norma constitucional es –parafraseando a Agnes Heller– la **creación** misma de la situación política y moral en la que la brutalidad pasa a ser moneda corriente (*The Limits to Natural Law and the Parados of Evil*, en Stephen Shute y Susan Hurley (eds.), *On Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures, 1993, pág. 149 ss.; énfasis agregado).

Pues bien, la única posibilidad de considerar a los subordinados abarcados por la norma, es asumiendo que ellos también ejercieron la suma del poder público. Empero arribar a esta conclusión sólo es posible incurriendo en una *contraditio in adjecto*.

En efecto, la suma del poder sólo es concebible en manos de un individuo o de un pequeño grupo de individuos. Si ese poder está disgregado entre todos los miembros de las fuerzas armadas, entonces ya no puede hablarse de un poder absoluto. Esto no significa negar que un suboficial de la Policía Federal –imputado en la presente causa– contase con exageradas atribuciones; lo que es absurdo es pensar que no hubo ninguna clase de subordinación normativa respecto de sus superiores.

90) Que conforme lo expresado en la recordada causa 13/84 –*ut supra* reseñada– esa subordinación existió, extremo que posibilitó –como ya se señaló– la condena de los comandantes como autores mediatos a través de un aparato de poder organizado. Como afirma la moderna doctrina alemana: la circunstancia de que en estos casos el "hombre de atrás" –a diferencia de los supuestos clásicos de autoría mediata– no dominara en modo directo sino a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional como autor de escritorio, emisor de las órdenes, planificador, es decir una responsabilidad con base en un injusto de organización, en lugar de un injusto individual (conf. Bloy René, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, Goltdammer Archiv 1996, pág. 424-441 s.). En estos casos la autoría mediata se basa en la responsabilidad del superior por los hechos cometidos por sus subordinados en cumplimiento de sus instrucciones –con fundamento en el dominio del superior por la especial relación de subordinación militar– (Ambos Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol. 9-A, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 389). Si esa subordinación existió, mal puede decirse sin contradicciones que los militares de rango inferior –más allá de la responsabilidad que les cupo en algunos casos– detentaron la "suma del poder". Como se observa también por este camino el razonamiento del señor Procurador General resulta cuestionable. Es decir, aun asumiendo que la segunda parte del art. 29 de la Constitución Nacional también abarque a quienes ejercen facultades extraordinarias –y aceptando incluso que también se refiera a aquellos que las asumieron sin mediación de acto legislativo–, sigue sin explicarse el salto lógico que significa que los subordinados también se encuentren alcanzados por la norma.

91) Que menos aun puede avalarse –como pretende un sector de la doctrina– la extensión de la conducta descripta en el art. 29 de la Constitución Nacional a quienes intervinieron en la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida o al Poder Judicial que declaró su constitucionalidad. Precisamente la única ley que hubiera permitido que –en su caso– la suma del poder público se perfeccionara era la Ley de Pacificación Nacional, en tanto se trataba de una autoamnistía que colocaba a los generales más allá de toda responsabilidad penal y que se originó –como se dijo– en el seno mismo del poder que ordenó la comisión de esos hechos aberrantes.

Por ello, precisamente, ya en Fallos: 309:5, pág. 1689 –con cita de Fallos: 306:911– se consideró que la ley 23.040 que la había declarado nula era totalmente válida, en tanto con la sanción de la Ley de Pacificación Nacional el "Ejecutivo Nacional de facto en ejercicio de facultades legislativas [se había atribuido] facultades reservadas al Poder Judicial" (considerando 13 voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Allí se afirmó que esta ley debía carecer de todo efecto legal "por razones éticas derivadas de elementales principios de justicia que determinan que no pueden quedar impunes hechos aberrantes que desconocieron la dignidad humana, razones políticas vinculadas a la necesidad de discriminar entre las instituciones armadas en su conjunto y la responsabilidad que en diferentes grados pudiera recaer en algunos de sus hombres y razones jurídicas que invalidan a la ley tanto por su origen como por su oportunidad histórica y su finalidad" (considerando 13 voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689). Esa ley sí perfeccionaba la suma del poder, en tanto "(m)ediante su dictado se ha(bía) buscado anular la potestad represiva del Estado, por sus propios órganos, en beneficio de los mismos" (considerando 13 del juez Fayt en el fallo citado).

Resulta meridianamente claro que una situación como la descripta que sí podría enmarcarse –mediante una suerte de interpretación extensiva– en el art. 29 de la Constitución Nacional no puede igualarse ni por su *origen* ni por sus *efectos* a la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final. Basta con señalar –como ya se adelantó– que a diferencia de las leyes que aquí se cuestionan fue sancionada por el mismo gobierno extendiendo así su propio poder, que no discriminaba responsabilidades y que vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción. Ninguno de estos elementos se configuran en las leyes hoy impugnadas. Es por ello que considerar que el Poder Legislativo que las sancionó o el Poder Judicial que las convalidó incurren en la pena de infames traidores a la patria significaría equiparar de un modo absolutamente arbitrario dos situaciones totalmente disímiles.

92) Que tampoco a criterio de esta Corte asiste razón al señor Procurador General cuando considera que la ley 23.521 padece un vicio adicional, en tanto el Congreso no puede indicar que un determinado grupo de personas actuaron justificadamente, lo que es tarea del Poder Judicial. Según el señor Procurador General, el Poder Legislativo estableció que no existió un ilícito –porque el hecho típico estaba justificado por una causa de justificación reconocida por el derecho–,

arrogándose así la función de juzgar hechos particulares, lo que convertiría a la ley de "obediencia debida" en algo peor que una ley de amnistía, en tanto la ley 23.521 no se limita a decir que los hechos no deben ser juzgados sino que predica que los hechos fueron lícitos, no antijurídicos, que fueron justificados.

La constitucionalidad de la norma en cuanto no invadía atribuciones judiciales por el Congreso fue también tratada en el caso "Camps" y recordada ya en este voto. Sin embargo, las afirmaciones del señor Procurador General, obligan a recordarlas con mayor detenimiento. En primer lugar debe señalarse que según lo resuelto en el precedente de Fallos: 310:1162, la ley 23.521 no establecía una causa de justificación, sino una causa objetiva de exclusión de pena que funcionaba como excusa absolutoria y, por lo tanto, apartaba toda consideración sobre la culpabilidad del agente en la comisión de los **delitos atribuidos que continuaban siendo tales** (voto de los jueces Caballero y Belluscio). Se ha dicho también que esta condición objetiva de no punibilidad estaba apoyada en una presunción *iuris et de iure* de que quienes revistaron los cargos que indica el primer párrafo de la ley 23.521 obraron en virtud de obediencia debida y como tal ajena a toda investigación y decisión judicial (Fallos: 311:816 *in re* "Agüero" y 311:1042 *in re* "Suárez Mason").

El hecho de que las conductas se hayan considerado no punibles pero sin habérseles asignado un efecto justificante tuvo sus consecuencias, por ejemplo, en el fuero contencioso administrativo, en tanto en numerosos fallos se negó que las acciones realizadas en el período expresado en la ley pudieran enmarcarse en el concepto de "actos de servicio" a los fines indemnizatorios o previsionales. Su distinción con una causa de justificación también puede derivarse de las consideraciones que se efectuaron respecto de aquellos militares de mayor jerarquía excluidos de los beneficios de la ley de obediencia debida que bien "podían aun... en un proceso normal (aunque) resultaba incompatible con el especial sistema de la ley 23.521 –y en los términos perentorios que ella contemplaba... esgrimir sus defensas... –sobre cualquier base incluso haber actuado obedeciendo órdenes–" (considerandos 13 y 17 de Fallos: 311:1042 *in re* "Suárez Mason"). Con respecto a los oficiales superiores comprendidos en el segundo párrafo, es decir aquellos que **no** hubieran revistado los cargos directamente excluidos se aclaró en la misma causa que los juicios sobre "capacidad decisoria" y "participación en la elaboración de órdenes" que la ley

23.521 obligaba a formular a los jueces en plazo perentorio y sobre la base del material probatorio reunido en cada proceso, no tenían otra significación que la de permitir a los magistrados discernir si esos oficiales estaban alcanzados por aquella condición y nada adelantaban sobre la responsabilidad penal que cabía adjudicarles, luego del juicio, en el acto de culminación normal del proceso que es la sentencia definitiva o acerca de su irresponsabilidad que pudiera conducir a la finalización anormal de aquél, mediante el sobreseimiento provisional o definitivo.

93) Que, por último, tampoco resultaría atendible el argumento del *a quo* en cuanto a que la ley de obediencia debida es inconstitucional por "irracional" en tanto permitió investigar la sustracción, retención y ocultación de una menor –la hija del matrimonio Poblete– y, a la vez, impide investigar e imputar a los autores de la privación de libertad, tortura y demás actos de los que fueron víctimas sus padres. La diferencia, sin embargo, bien pudo residir razonablemente para el legislador en la circunstancia de que los hechos excluidos de esa ley no podían integrar en modo alguno el tipo de acciones descripto en el art. 10 de la ley 23.049. Una declaración de inconstitucionalidad por tal motivo no se condice con su carácter de *ultima ratio*.

94) Que los fundamentos expuestos procuran demostrar que las razones invocadas por este Tribunal en oportunidad de expedirse en torno a la constitucionalidad de la ley 23.521 al fallar en los autos "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional" (Fallos: 310:1162) no son desvirtuadas en modo alguno por nuevos argumentos.

Lo dicho no significa en modo alguno justificar la aplastante enormidad del horror. No se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos. (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana (conf. considerando 25 del voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "(u)n problema difícil que han tenido que encarar las democracias recientes ha sido el de la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en los anteriores gobiernos, así como

la posibilidad de sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que es un asunto sensible y extremadamente delicado, donde la contribución que puede dar (...) es mínima. La respuesta, entonces, debe surgir de los sectores nacionales, que son en sí mismo los afectados, y la urgente necesidad de una reconciliación y pacificación nacional debe ser conciliada con las exigencias ineluctables de un entendimiento de la verdad y la justicia" (Reporte anual 1985/1986, pág. 192). Esto es precisamente lo que esta Corte ha procurado desde el año 1986.

95) Que para el logro de tan compleja finalidad no debe pasarse por alto que pese al indiscutible carácter aberrante de los delitos investigados en esta causa, sería de un contrasentido inadmisible que por ese motivo se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso. Precisamente, el total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado son las bases sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho. Tal como se señaló en el precedente "Arancibia Clavel" los preceptos liberales de la Constitución argentina deben ser defendidos férreamente –conf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, ed. Losada, 1964, T. II, págs. 406 y sgtes.–, a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso y artificioso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos (disidencia del juez Fayt).

96) Que, en efecto, lo contrario implicaría que los "rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (estado)" (Hobbes, *Libri de Cive* –1ra. edición en París, 1642– citado por Carlos Pérez del Valle en *Sobre los Orígenes del Derecho Penal de Enemigo*, El Derecho Penal, ed. ED, vol. 7, julio 2003, pág. 5 s.), consagrándose así un derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht* conf. Jakobs). Este se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de que "no hay otra descarga de la responsabilidad que no sea distinta de la imputabilidad... pues **no puede haber justificación o excusa** que explique la comisión de los crímenes más graves" y también por cuanto los "principios constitucionales asumidos por el derecho penal no represent(a)n nunca obstáculos" (Pérez del Valle, op. cit., págs. 14 y 15; énfasis agregado). El principio de legalidad es así visto como un impedimento que el legislador procura eludir conscientemente en atención a las "complejidades" derivadas del mandato de determinación que dicho principio conlleva (conf. Cancio Meliá Manuel, *Derecho Penal del Enemigo y*

Delitos de Terrorismo, Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, 2003/III, Buenos Aires, Fabián de Placido, pág. 239).

En un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre "amigos" y "enemigos" en la clásica distinción de Carl Schmitt (ver, entre otras obras, su *Teoría del Partisano*, Colección ideologías contemporáneas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966). Por el contrario en un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre "ciudadanos" y "enemigos" como "sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos" (conf. Muñoz Conde Francisco, *Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en 2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo"*, Revista de Derecho Penal, vol. 2004-2, pág. 658).

En efecto, los "derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad...) y procesal penal... son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, **aunque sea en casos concretos extremos y muy graves**, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado..." (Muñoz Conde, loc. cit.; énfasis agregado).

De este modo, los principios garantistas se verían conculcados "con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho" (Muñoz Conde, op. cit., pág. 664). Corresponde entonces preguntarse si "podemos soportar como sociedad una sensible baja en derechos y garantías procesales y penales para combatir fenómenos complejos" (Silva Sánchez Jesús, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2da. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001).

Para dar respuesta a este interrogante debe recordarse que nuestra Constitución fue definida como un legado de sacrificios y de glorias (Fallos: 205:614) que no puede decirse que hayan concluido con

su sanción. La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época (Fallos: 211:162) por desgarrante que ella haya sido. Esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata. Sólo así puede asegurarse que **ella siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación** (Fallos: 178:9), citado en Fallos: 310:1162 del voto del juez Fayt (énfasis agregado).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General y dadas las particularidades del presente caso (conf. considerando 7°) se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revocan las sentencias apeladas con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por **Julio Héctor Simón,** representado por los **Dres. Pedro Eduardo Bianchi y Elda Berasain.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal N° 4.**

NORMA TORRES v. EMBAJADA DEL REINO DE ARABIA SAUDITA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Doble instancia y recursos.

Es ajeno a la instancia extraordinaria lo atinente al rechazo de un recurso con fundamento en que sólo resultaba viable el de queja, y no el de revocatoria con apelación en subsidio, pues ello remite a la interpretación y aplicación de normas no federales, realizada por los jueces de la causa con fundamentos razonables y

suficientes de igual carácter, lo cual excluye la configuración del excepcional supuesto de arbitrariedad, máxime cuando lo resuelto guarda armonía con tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema.

RECURSO DE QUEJA: Trámite.

Si no sólo el intitulado del escrito respectivo expresa "Interpone Recurso Revocatoria – Apelación en Subsidio", sino que, fundamentalmente, la totalidad de su contenido obedece por entero a ese encabezamiento, no resulta atendible la defensa basada en que el acto procesal por el que se impugnó la denegación del recurso de apelación debió ser considerado un recurso de queja.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El principio de inmunidad de ejecución de los estados extranjeros constituye un pilar básico del derecho internacional general y hace caso de Corte de trascendencia federal. Se trata de una cuestión jurídica de "importancia internacional sobresaliente", pues las medidas ejecutorias contra bienes de un Estado afectan gravemente la soberanía e independencia del estado extranjero, con el consiguiente desconocimiento de las normas que rigen las relaciones diplomáticas internacionales (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Gravedad institucional.

Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario con sustento en la invocación de la gravedad institucional pues aún cuando el recurso presente serias deficiencias formales y no se haya logrado demostrar cuál sería la norma con base en la cuál debería entenderse que la interposición de recursos inadmisibles ante las instancias anteriores, suspendió el curso del plazo para deducir el recurso de queja ante la alzada, la vía extraordinaria constituye el único medio eficaz para la tutela del derecho federal invocado –inmunidad de ejecución de los estados extranjeros– (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Gravedad institucional.

La existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDAD DE EJECUCION.

Si no consta que la misión diplomática haya renunciado al privilegio establecido por el art. 32.4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la sanción conminatoria impuesta con sustento en el art. 666 bis del Código Civil, ten-

diente a obtener la ejecución de la sentencia, afecta la inmunidad de ejecución de la que gozan los estados extranjeros (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDAD DE EJECUCION.

No es posible extender sin más las soluciones de inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución, por lo cual lo relativo a ella deberá ser resuelto según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado *ipso iure* al derecho argentino federal a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, como máximo intérprete de las normas en juego (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDAD DE EJECUCION.

La mera imposición de una sanción conminatoria, afecta la inmunidad de ejecución del estado extranjero pues la consecuencia natural e inmediata de la adopción de esta clase de medidas acarrea ineludiblemente la ejecución (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDAD DE EJECUCION.

Aún cuando la mera imposición de astreintes no tiene en sí misma fuerza ejecutoria, constituye un acto coercitivo tendiente a vencer la renuencia del demandado en el cumplimiento de la sentencia, por lo que se impone concluir que si la inmunidad se extiende a la ejecución de toda sentencia incluye, obviamente, las medidas tendientes a obtenerla (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDAD DE EJECUCION.

La inmunidad de ejecución se vería frustrada si se permitiera trabar embargos, procederse a secuestros y a hacer efectivos actos ejecutivos postergando para una instancia ulterior el debate sobre la inmunidad cuando ésta ya se hubiese desconocido, dando lugar a la responsabilidad internacional que la Corte debe precisamente prevenir y no dejar que ocurra mediante el recurso a una interpretación de la inmunidad de ejecución equivalente a su práctica prescindencia (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

INMUNIDAD DE EJECUCION.

El mantenimiento de los cordiales vínculos diplomáticos entre los estados que se busca afianzar mediante el dictado de resoluciones del tenor de la que reconoce la prevalencia de la inmunidad de ejecución de los estados extranjeros, habrá de preservarse a condición de que el estado extranjero haga honor a las relaciones de justicia con quienes sufran sus inmunidades (art. 515 del Código Civil), pues la justicia misma ha de premiar a ambas partes (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala I), denegó el recurso extraordinario de la demandada con apoyo en que involucra aspectos de derecho procesal y común, no incluidos en los supuestos de los artículos 14 y 15 de la ley N° 48, y en que constituye facultad privativa de la Corte Suprema determinar si la cuestión implica trascendencia o gravedad institucional (cfse. fs. 45 del recurso de hecho ante la alzada laboral).

Contra dicha resolución, se alza en queja la Embajada del Reino de Arabia Saudita, por razones que, en suma, reproducen las del recurso principal (fs. 27/34 del cuaderno respectivo).

– II –

La Sala laboral declaró inadmisible la presentación directa intentada contra la denegación por el juez de grado, por extemporánea, de la apelación (fs. 11), con sustento en que, contra la misma, sólo resultaba viable directamente el recurso de hecho, deducido en el plazo de tres días de quedar notificada la anterior, y no la revocatoria con apelación en subsidio interpuesta por la representación extranjera (cfse. fs. 19 de la queja ante la *ad quem*).

Contra dicha decisión, la demandada dedujo recurso extraordinario (fs. 39/43), que fue contestado (fs. 54/55) y denegado –lo reitero– a fs. 45, dando origen a este recurso.

– III –

En síntesis, la quejosa alega un supuesto de denegación de justicia y la vulneración de la garantía de la defensa en juicio prevista en el artículo 18 de la Ley Suprema con sustento en que, arbitrariamente y violando lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en orden a los modos de notificación procesal a las re-

presentaciones extranjeras, reiteradamente se le ha impedido tomar conocimiento de las actuaciones, ignorándose así la investidura ostentada por la legación de un estado extranjero.

Reclama, en concreto, que se declaren mal denegados los recursos de apelación deducidos contra la sentencia de fs. 172/174 del principal –al que se aludirá aquí– (v. fs. 177/183); resolución de fs. 184 (v. fs. 187/188) y sentencia obrante a fs. 19 de la queja ante la alzada (v. fs. 39/43), con fundamento en que la embajada recién tomó conocimiento de las actuaciones cuando ya se encontraba firme la sentencia recaída en la causa y en que se hizo caso omiso de las notas dejadas en los libros del juzgado por los letrados de la requerida que acreditan que el expediente no se hallaba en el casillero respectivo.

Señala, por otra parte, que, sin perjuicio de los defectos formales de las presentaciones, lo irrebatible es que ellas suspenden el curso del proceso, resultando, asimismo, por demás obvio el ánimo de apelar de la demandada en aras de la obtención de una igualdad procesal retaceada aquí. Reprocha, por último, que se le haya notificado la sentencia por carta documento y que pretendan aplicársele astreintes, contraviniendo el principio de inmunidad ejecutoria reconocido en tratados internacionales ratificados por nuestro país.

– IV –

La actora promovió demanda reclamando a la Embajada del Reino de Arabia Saudita diversos rubros laborales mayormente derivados del despido sin causa (fs. 6/14), la que fue notificada por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación (v. fs. 43 y 49/60). Declarada rebelde a fs. 70, la representación diplomática fue condenada por sentencia de fs. 74/5, cuya liquidación obra aprobada a fs. 86vta.; 102vta. y 210.

En su comparendo de fs. 112/116, la legación reclamada solicitó la revocación de tres resoluciones dictadas durante la etapa de ejecución de sentencia (fs. 102vta., 105vta. y 111vta.), con fundamento en que, al cursarse una carta-documento en reemplazo del oficio dirigido a la Cancillería, se incumplieron las formalidades que deben revestir tales actos cuando se trata de notificar a estados extranjeros. Pidió, igualmente, la nulidad de todo lo actuado con apoyo en lo previsto por los artículos 24, inciso 1°, del decreto-ley N° 1285/58; 48, 49 y 59 de la ley

N° 18.345; 41, inciso 2°, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; y 5, inciso j, y 14 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por considerar que se omitió requerir la conformidad del Estado reclamado para ser sometido a juicio y las formalidades de ley al notificar la declaración de puro derecho, rebeldía y sentencia final. Por último, apeló en subsidio la sentencia y la imposición de astreintes resuelta a fs. 94vta. por la no entrega del certificado de servicios del artículo 80 de la ley N° 20.744, e impugnó las liquidaciones aprobadas hasta allí (v. fs. 112/116 y 118/120).

El juez de mérito, en lo que aquí interesa, desestimó el planteo por apreciarlo extemporáneo, tanto en lo que se refiere a la nulidad y al recurso de apelación, como a la impugnación de las planillas aprobadas, estimando, en definitiva, prematura la alegación de inmunidad ejecutoria en lo que involucra la aplicación de las astreintes (v. fs. 172/174).

Apelada dicha decisión (fs. 177/183), fue desestimada, también, por extemporánea (fs. 184), extremo que motivó un nuevo planteo revocatorio con apelación en subsidio por la embajada (fs. 187/188), rechazado, asimismo, por intempestivo, dado que las notas registradas en el libro de asistencia del juzgado no corresponden a ninguna apoderada o patrocinante de la demandada, amén de que la vía idónea para objetar el proveído de fs. 184 era la queja ante la alzada foral (fs. 189). Cuestionada una vez más esta última resolución por vía de revocatoria y apelación en subsidio (v. fs. 190/192), fue denegada con fundamento, otra vez, en la falta de idoneidad de la vía para cuestionar la denegatoria de una apelación (fs. 193).

Llevada, finalmente, la cuestión en queja ante la *ad quem* (fs. 15/16 del cuaderno respectivo), fue desestimada a fs. 19 mediante la decisión, en definitiva, hoy en crisis.

– V –

Cabe decir, primero, que la recurrente no rebate la afirmación de la alzada en torno a la inidoneidad de la vía intentada para obtener la revisión de lo resuelto a fs. 184; limitándose, en suma, a reprobar el celo formal exhibido en ambas instancias y el desconocimiento de recaudos procesales inherentes a su calidad de Estado extranjero; y a argüir un supuesto de denegación de justicia. Dicho déficit se acrece si

se pondera la índole, a priori, sustancialmente procesal del asunto, y que las resoluciones que declaran la inadmisibilidad de recursos deducidos ante los tribunales ordinarios no pueden reverse, como regla, en la instancia del artículo 14 de la ley N° 48 (Fallos: 303:219, 261, 727, etc.). Adviértase, incluso, que la propia recurrente asiente, en definitiva, a la pertinencia de los fundamentos expuestos por la *ad quem* en su decisión (fs. 40vta. del cuaderno de queja ante la alzada laboral, ítem: "colofón"), por medio de un escrito –no es ocioso resaltarlo– que se sitúa al límite de las exigencias de fundamentación normadas en el artículo 15 de la ley N° 48.

No obstante, tampoco puede soslayarse que, con fundamentos –en parte– federales, la quejosa pretende la revisión de aspectos que hacen a su condición de misión diplomática de un estado extranjero, los que no podrían examinarse ulteriormente en tiempo útil y a los que, por consiguiente, atendiendo a la naturaleza del asunto, calidad de la recurrente y eventuales consecuencias, es preciso referirse en lo que sigue (Fallos: 321:2594; 322:1905, etc.); máxime cuando, mediante los mismos, se hace especialmente hincapié en la garantía de la defensa en juicio prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

– VI –

En un párrafo inicial, a propósito de la falta de conformidad para ser sometido a juicio esgrimida por la embajada del Reino de Arabia Saudita (v. fs. 49/60), es menester recordar que, a partir del antecedente de Fallos: 317:1880, y, más claramente aun, del dictado de la ley N° 24.488, los estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, con excepción –entre otros supuestos– de las demandas por cuestiones laborales iniciadas por nacionales argentinos o residentes en el país, nacidas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior, que causaren efectos en el territorio nacional (v. art. 2°, ap. "d"). El descripto, en definitiva, es el caso de autos (v. Fallos: 321:2434; 323:959, etc.), deviniendo, por de pronto, ciertamente extemporánea la alegación fincada en el "principio de reciprocidad" introducida por la legación extranjera con posterioridad a la propia presentación directa examinada aquí (fs. 49/50 del cuaderno respectivo).

En segundo término, vale subrayar que, conforme emerge de fs. 49/60, la embajada aludida fue notificada de la presente demanda

mediante oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación, siendo ulteriormente declarada rebelde a fs. 70 y condenada a fs. 74/75; extremo, este último, del que fue informada mediante el oficio a la Cancillería que obra a fs. 89/1, en el que se da cuenta, incluso, de la liquidación de fs. 85. Sin perjuicio de ello, mediante las cédulas de fs. 95/96, fue intimada, asimismo, con arreglo a fs. 93vta. y notificada de lo resuelto a fs. 94vta. (nueva liquidación y fijación de astreintes) (v., además, en línea con la nota de la embajada de fs. 49/59, la obrante a fs. 98/101).

De lo anterior se desprende que resulta inexacta la aseveración de la Embajada según la cual recién habría tomado conocimiento de las actuaciones cuando –por carta documento– se le hizo saber del trámite de ejecución de la sentencia –repárese al respecto en que dicha parte se negó a recepcionar, inclusive, cédulas por las que se le notificaban distintos actos procesales (cfse. constancias de fs. 67/68; 103/104; 107/108 y 109/110)–. Lo aseverado es así, aun considerando sólo las comunicaciones cursadas a través de la Cancillería, único órgano válidamente encargado de las notificaciones con los estados extranjeros, al decir de la quejosa.

Sobre este punto cabe añadir que la presentante tampoco se hace cargo de los fundamentos expresados por el juez de grado en base a los artículos 29, 48 y 50, párrafo 2°, de la ley N° 18.345 (v. fs. 172/174), los que, en rigor, critica tardíamente, al deducir la presentación directa ante V.E. (fs. 30 y siguientes del cuaderno respectivo), olvidando que, como tiene dicho el Alto Cuerpo, la apelación federal no resulta mejorable con posterioridad (v. Fallos: 303:1203). De ellos resulta, esencialmente, la notificación por ministerio de la ley de la Embajada requerida a partir de su incomparencia y la validez de las comunicaciones que le permitieron conocer concretamente de los actos procesales de que se trata.

– VII –

Por último, invoca la Embajada saudita el principio de inmunidad de ejecución de los estados extranjeros, a propósito de lo decidido en materia de astreintes por el juez de grado, quien consideró que aquél no obsta a la imposición de sanciones de tenor conminatorio, en tanto no traduzcan el uso de la fuerza –o medidas análogas– sobre bienes alcanzados por la citada prerrogativa internacional, lo que no se ha

verificado aquí (fs. 84, 94vta. y 172/174). Vale recordar que la misión diplomática expresamente se ciñó a este privilegio a fs. 199/200; y que censuró, en la presentación extraordinaria, la calidad de medio de compulsión a un estado extranjero de las astreintes del artículo 666 bis del Código Civil, opuesto a tratados de derecho internacional ratificados por nuestro país (fs. 41 de la apelación federal).

Sobre el particular, cabe decir que el Alto Tribunal estimó prematuro el tratamiento del tema en los casos en que no se tornó explicito un propósito cautelar o ejecutorio, ni se emprendieron actos de dicha índole en oposición al artículo 22, punto 3, de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas (Fallos: 323:959; 324:1648). Merece recordarse que la citada norma establece que los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos y los medios de transporte de la misma, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución (v. art. 22.3); y que sobre el tema tuvo ocasión de pronunciarse V.E. en Fallos: 322:2399, y S.C. G. N° 581, L. XXXIII, "García Jakab, Silvina c/ Embajada de la República Eslovaca" y S.C. B N° 656, L. XXXIII, "Bonacic-Kresic, E. c/ Embajada de la República Federal de Yugoslavia s/ despido", ambos del 4 de mayo de 2000, en todos los casos, a favor de la mencionada prerrogativa.

En la causa, la Embajada fue intimada para que, dentro del quinto día, acompañe los certificados del artículo 80 de la ley N° 20.744, bajo el apercibimiento del artículo 666 bis del Código Civil (v. fs. 84), el que fue hecho efectivo –multa de $ 20 por cada día de demora a partir de la fecha de la notificación (v. fs. 94vta.)– y confirmado a fs. 172/174.

No obstante, en línea con los antecedentes citados, advierto que no se ha dispuesto aquí acto cautelar o precautorio alguno, ni mucho menos de ejecución forzada sobre el patrimonio del deudor, por lo que considero que habrá de estarse a lo resuelto en las ocasiones aludidas anteriormente en orden al carácter prematuro o meramente conjetural del gravamen, máxime cuando, según ha señalado V.E., las astreintes son esencialmente provisionales (Fallos: 320:61; y, S.C. R. N° 474, L. XXXVI, "Romero, Julio C. c/ Ragonese, Jorge L– y otro", del 26.08.03, etc.).

Por último, la índole de la solución propuesta estimo que me exime de tratar los restantes agravios.

– VIII –

Por lo expresado, considero que corresponde desestimar el recurso federal. Buenos Aires, 29 de marzo de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Torres, Norma c/ Embajada del Reino de Arabia Saudita", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Embajada del Reino Unido de Arabia Saudita interpuso recurso extraordinario, cuya no concesión motiva esta presentación directa, contra la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en cuanto rechazó la queja por aquélla interpuesta con motivo de haberle sido denegado un recurso de apelación. Sostuvo el *a quo* que, ante esta última denegación "sólo resulta viable el recurso de queja (art. 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por aplicación supletoria, art. 155 LO)" (fs. 18), y no, como lo hizo la embajada, un recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

2°) Que la cuestión planteada es ajena a esta instancia extraordinaria, con arreglo a reiterada y conocida doctrina del Tribunal, toda vez que remite a la interpretación y aplicación de normas de índole no federal, realizada por los jueces de la causa con fundamentos razonables y suficientes de igual carácter, circunstancia que excluye la configuración del excepcional supuesto de arbitrariedad de sentencia, mayormente cuando la solución alcanzada, *mutatis mutandi,* guarda armonía con tradicional jurisprudencia de esta Corte (v. Fallos: 285:300, entre otros).

Cabe acotar, por lo demás, que no resulta atendible la defensa de la recurrente, basada en que el acto procesal por el que impugnó la

denegación del recurso de apelación debió ser considerado un recurso de queja. En efecto, no sólo el intitulado del escrito respectivo expresa "Interpone Recurso Revocatoria – Apelación en Subsidio", sino que, fundamentalmente, la totalidad de su contenido obedece por entero a ese encabezamiento, de manera que mal podría aducirse una suerte de error de pluma (Fallos: 193:123). A ello se suma que dicha pieza no fue presentada "directamente" ante el *a quo* sino ante el juez de primera instancia, circunstancia que ratifica el sentido dado a la presentación (art. 282 cit.).

3°) Que, asimismo, esta Corte no advierte, ni la recurrente lo señala, cuál sería la norma con base en la cual debería entenderse que la interposición de recursos inadmisibles –revocatoria y apelación en subsidio– suspendió el curso del plazo para deducir el recurso apropiado, vale decir, el de queja ante la alzada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito. Hágase saber, devuélvase el expediente principal y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1°) Que los antecedentes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada, los planteos de las partes y lo atinente a la admisibilidad formal del recurso extraordinario han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

2°) Que no es posible soslayar que el principio de inmunidad de ejecución de los estados extranjeros constituye un pilar básico del derecho internacional general y hace caso de Corte de trascendencia federal. Una cuestión jurídica de "importancia internacional sobresa-

liente" (Alcom Ltd v. Republic of Colombi, 1984, 2All ER 6,14). Ello es así pues las medidas ejecutorias contra bienes de un Estado afectan gravemente la soberanía e independencia del Estado extranjero, con el consiguiente desconocimiento de las normas que rigen las relaciones diplomáticas internacionales. La violación de estos principios no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país en el concierto de las naciones y la eventual responsabilidad de la nación por violación de normas internacionales que se obligó a cumplir en su territorio (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 27, Fallos: 324:1648, disidencia del juez Boggiano, considerando 16).

3°) Que en lo atinente al modo en que esta causa ha llegado a conocimiento del tribunal corresponde hacer lugar al recurso extraordinario con sustento en la invocación de la gravedad institucional. En efecto, aún cuando el recurso ante esta Corte presente serias deficiencias formales y el recurrente no haya logrado demostrar cuál sería la norma con base en la cuál debería entenderse que la interposición de recursos inadmisibles ante las instancias anteriores, suspendió el curso del plazo para deducir el recurso de queja ante la alzada, resulta procedente la vía extraordinaria pues "constituye el único medio eficaz para la tutela del derecho federal invocado" (Fallos: 210:396). En este sentido, cuenta con hondo arraigo en la jurisprudencia del Tribunal la teoría según la cual la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella (Fallos: 248:189; 263:72; 313:863 y sus citas, entre otros). El presente caso configura uno de esos supuestos de alcance "sumamente restringido y de marcada excepcionalidad" que autorizan la vía federal ante la necesidad de una consideración inmediata, oportuna y adecuada a la naturaleza del derecho comprometido.

4°) Que análogo temperamento siguió esta Corte en Fallos: 295:176 al revisar la decisión del juez de primera instancia que desconoció la inmunidad del Estado extranjero sin que mediara apelación alguna de parte interesada. Para así resolver consideró que "se impone dar adecuada solución al problema planteado, según principios del derecho de gentes; de modo que no resulten violadas las bases del orden público internacional que, por encima de las formas en que se encauza el proceso, son de aplicación prioritaria en el caso. Por lo tanto, frente a los términos de la nota enviada por Cancillería, y habida cuenta de la importancia institucional del asunto, el Tribunal considera que debe

arbitrar lo conducente para el debido respeto de las inmunidades diplomáticas,...".

5°) Que, en este marco, corresponde examinar el agravio de la Embajada del Reino de Arabia Saudita que invoca la inmunidad de ejecución del Estado extranjero a propósito de lo decidido en materia de astreintes por el juez de grado. Este consideró que el principio invocado no obsta a la imposición de sanciones de tenor conminatorio, en tanto no traduzcan el uso de la fuerza –o medidas análogas– sobre bienes alcanzados por la inmunidad invocada.

6°) Que el art. 32.4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece que "la renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que entraña la renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesario una nueva renuncia".

7°) Que, en modo alguno, cabe interpretar que la misión diplomática haya renunciado a este privilegio, por el contrario en las diversas presentaciones que constan en la causa, manifestó que está amparada por la inmunidad de embargo y ejecución y que considera una medida compulsiva contraria a la convención citada la aplicación de las astreintes impuestas por el juez de primera instancia.

8°) Que, en tales condiciones, corresponde determinar si la sanción conminatoria impuesta, con sustento en el art. 666 bis del Código Civil, tendiente a obtener la ejecución de la sentencia, afecta la inmunidad de ejecución de la que gozan los estados extranjeros.

9°) Que no existe en nuestro país una norma de derecho interno que regule específicamente los conflictos concernientes a la inmunidad de ejecución de los estados extranjeros. La ley 24.488 sólo regula la inmunidad de jurisdicción sin que exista ningún atisbo en su articulado que permita aplicarla por analogía a la inmunidad de ejecución, que a todas luces no ha sido contemplada en aquella ley. En este orden de ideas se ha señalado que no es posible extender sin más las soluciones de inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución, por lo cual lo relativo a ella deberá ser resuelto "según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado *ipso iure* al derecho argentino federal" a través de la jurisprudencia de esta Corte, como máximo intérprete de las normas en juego (Fallos: 322:2399).

10) Que en el caso “Perú, Gobierno de la República del v. S.I.F.A.R s/ incumplimiento de contrato” el Estado extranjero consintió expresamente la intervención de la jurisdicción argentina y resultó condenado, sin embargo este Tribunal se limitó a ordenar mediante “el solo requerimiento del pago” el cumplimiento de la sentencia, sin disponer la traba de embargo alguno, ni otra medida de ejecución (Fallos: 240:93).

11) Que según fue señalado en el caso “Blasson”, a fin de lograr la ejecución de un Estado extranjero, pesa sobre el ejecutante la carga de probar que los bienes sobre los que intenta trabar medidas coercitivas no están comprendidos en actividades *iuris imperi* o en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (ver Ian Sinclair, 167 Hague Recueil, 1980, II, págs. 218-220; Fallos: 322:2399 considerando 8°; Fallos: 324:1648, disidencia del juez Boggiano, considerando 11).

12) Que en caso “O.S.N. v. Embajada de la URSS – Representación Comercial de Rusia”, disidencia del juez Boggiano, esta Corte juzgó a raíz del libramiento de una “sentencia de remate” contra la embajada de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (Representación Comercial de Rusia) por el cobro de la deuda originada en la tasa por la provisión del servicio de agua potable a un inmueble de su propiedad, que la medida afectaba la inmunidad de ejecución del Estado extranjero. A fin de fundar esta postura sostuvo: “si bien es verdad –como lo señala el señor Procurador General– que la actora no emprendió aún actos precautorios o ejecutorios contra los bienes de la demandada, corresponde concluir, a diferencia de la situación examinada en Fallos: 323:959 (considerando 9°), que el agravio es concreto y actual, pues, la adopción de esa clase de medidas es la consecuencia natural e inmediata que acarrea la sentencia de remate (conf. arts. 561 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por lo que –de no atenderse dicho agravio en esta oportunidad– el Estado demandado se encontraría expuesto a ellas sin contar con la posibilidad de repelerlas eficazmente”. Agregó “Que esta inmunidad de ejecución se extiende a la ejecución de toda sentencia”, “resulta obvio que una resolución que dispone un embargo no tiene, en la práctica, fuerza ejecutoria en sí misma hasta la efectiva traba de aquél, no obstante lo cual puede oponerse en tal supuesto la inmunidad de ejecución. Por lo tanto, es evidente que la mencionada inmunidad puede también invocarse en el supuesto de sentencias de remate, cuyo cumplimiento requiere ineludiblemente la traba de embargo. Es palmario

que esta solución responde, asimismo, a elementales razones de economía procesal". Concluyó: "si se admitiese el cumplimiento de esos actos ejecutorios para después discutir su licitud, la inmunidad misma se vería lesionada" (Fallos: 324:1648).

13) Que las consideraciones precedentes son plenamente aplicables a este caso. De ellas se desprende que la mera imposición de una sanción conminatoria, afecta la inmunidad de ejecución del Estado extranjero pues la consecuencia natural e inmediata de la adopción de esta clase de medidas acarrea ineludiblemente la ejecución. En efecto aún cuando la mera imposición de astreintes no tiene en sí misma fuerza ejecutoria constituye un acto coercitivo tendiente a vencer la renuencia del demandado en el cumplimiento de la sentencia. En este sentido, se impone concluir que si la inmunidad se extiende a la ejecución de toda sentencia incluye, obviamente, las medidas tendientes a obtenerla.

14) Que es dable destacar las conclusiones del grupo de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas al comentar el proyecto sobre inmunidad de los estados extranjeros y sus propiedades, el cual distingue entre medidas coercitivas anteriores y posteriores al dictado de la sentencia contra el Estado extranjero. En relación a estas últimas, el grupo, considera que son posibles si la ejecución se intenta respecto de: a) medidas en las cuales el estado otorgó el consentimiento explícitamente *ad hoc* o con anterioridad, b) medidas sobre bienes designados para satisfacer la demanda (párr. 127/129, A/CN.4/L. 576 6 de julio de 1999, ILC, fifty-first session, Geneva, 3 May – 23 July 1999). Ninguno de estos requisitos se ha cumplido en autos.

15) Que por lo tanto corresponde dejar sin efecto lo resuelto en las anteriores instancias respecto de la forma en que se ordenó llevar adelante la ejecución disponiendo que ella se adecue a la doctrina de los ya citados precedentes de Fallos: 322:2399 y 324:1648. Ello es así, pues la inmunidad de ejecución se vería frustrada si se permitiera trabar embargos, procederse a secuestros y a hacer efectivos actos ejecutivos postergando para una instancia ulterior el debate sobre la inmunidad cuando ésta ya se hubiese desconocido dando lugar a la responsabilidad internacional que esta Corte debe precisamente prevenir y no dejar que ocurra mediante el recurso a una interpretación de la inmunidad de ejecución equivalente a su práctica prescindencia.

16) Que, finalmente, debe señalarse que el mantenimiento de los cordiales vínculos diplomáticos entre los estados que se busca afianzar mediante el dictado de resoluciones del tenor de la presente, habrá de preservarse a condición de que el Estado extranjero haga honor a las relaciones de justicia con quienes sufran sus inmunidades (art. 515 del Código Civil), pues, como ya lo ha expresado el Tribunal, la justicia misma ha de premiar a ambas partes.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se deja sin efecto las astreintes impuestas por el juez de primera instancia. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 1. Hágase saber y remítase a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a la presente.

ANTONIO BOGGIANO.

Recurso de hecho interpuesto por **la parte demandada (Embajada del Reino de Arabia Saudita),** representada por el Dr. **Tarek Made.**
Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 33.**

CARLOS VARELA ALVAREZ Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Cuestión justiciable.

Si bien en principio las decisiones de los jurados de enjuiciamiento son irrecurribles, cabe admitir excepción a tal regla sólo cuando se configura la violación del debido proceso en forma grosera, flagrante e inequívoca, debiendo verificarse en cada caso tales características a los fines de determinar si se configura un supuesto de excepción.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Corresponde rechazar la alegada caducidad de la potestad juzgadora del Tribunal de Enjuiciamiento frente al nuevo acuerdo –como fiscal– prestado por la legislatura local a quien fuera destituido de su cargo de juez de primera instancia,

pues el recurso extraordinario deducido no satisface el requisito de demostrar que las defensas opuestas tendrían la virtualidad de conducir a una solución diferente de la adoptada.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES.

Corresponde rechazar los agravios fundados en que los hechos que derivaron en la destitución del magistrado habían sido conocidos al prestar el nuevo acuerdo, pues el Tribunal de Enjuiciamiento formuló un examen pormenorizado de tales actos, que sólo se conocieron en su real magnitud tiempo después de otorgado el acuerdo, en virtud del inusualmente prolongado secreto de sumario dispuesto en la causa y la negativa del recurrente a proveer la información solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que derivó en la condena al Estado Argentino.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos locales en general.

Corresponde rechazar el agravio fundado en la caducidad de la potestad juzgadora del jury frente al nuevo acuerdo recibido, pues ello fue desestimado sobre la base de que no se está frente a un vacío o laguna legislativa, sino que el propósito del ordenamiento jurídico ha sido no poner término a la potestad de juzgamiento conferida a los jurados de enjuiciamiento en protección de los intereses institucionales superiores del buen funcionamiento del Poder Judicial; consideraciones respecto de las cuales el recurrente sólo exhibió en la instancia local una subjetiva discrepancia que fue desestimada sin arbitrariedad (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Doble instancia y recursos.

Los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos extraordinarios de orden local que les son llevados, no resultan, como regla, susceptibles de revisión en la instancia del art. 14 de la ley 48, y la tacha de arbitrariedad es especialmente restrictiva al respecto (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Cuestión justiciable.

La Corte Suprema carece de jurisdicción para entender respecto de las cuestiones que, según su esencia, constituyen conflictos de poderes locales, pues en la reforma constitucional de 1860 se suprimió de la Constitución Nacional la atribución que confería a esta Corte jurisdicción para conocer y decidir los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Cuestión justiciable.

La protección y vigencia de las garantías deben buscarse dentro de los diversos resortes institucionales de la respectiva jurisdicción y por ello los conflictos entre autoridades locales deben hallar solución –jurídica y política– en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

PROVINCIAS.

Las provincias conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional) y ejercen en plenitud las facultades correspondientes a su calidad de Estado autónomo, incluida la atribución de darse sus propias constituciones y de regirse por ellas (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

PROVINCIAS.

La competencia privativa y excluyente de la autoridad provincial para establecer el régimen de nombramiento y remoción de sus funcionarios deriva fundamentalmente de lo dispuesto por el art. 122 de la Constitución Nacional, norma que excluye categóricamente la intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales; consecuentemente, la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de juzgamiento de magistrados y funcionarios establecidos en las constituciones provinciales, fenece dentro del ámbito local de acuerdo con las normas que se hayan dictado al efecto (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Doble instancia y recursos.

Corresponde rechazar el recurso extraordinario deducido contra la desestimación del recurso local interpuesto contra la destitución de un fiscal por mal desempeño de sus funciones, si el *a quo* ha resuelto el recurso llevado a su conocimiento mediante una razonable adecuación a las normas locales y sin que pueda advertirse afectación alguna al debido proceso adjetivo (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Cuestión justiciable.

Decidir si un asunto, en alguna medida, ha sido confiado por la Constitución a otro poder del Estado, o si un acto de una rama del gobierno excede la competencia que le ha sido atribuida, constituye un delicado ejercicio de exégesis constitucional que debe ser efectuado por un tribunal de justicia, en tanto exige interpretar la Carta Magna para definir en qué medida –si existe alguna– la acción de ese poder puede ser sometida a la revisión judicial (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Es arbitrario el pronunciamiento que no trató lo atinente a la caducidad de la potestad juzgadora del Jurado de Enjuiciamiento frente al nuevo acuerdo de la legislatura, pues concierne doblemente a las potestades de la Corte provincial, ya que no sólo atañe al derecho público local sino que, además, traduce una contienda inherente a los poderes de la provincia, lo que constituye una materia de excluyente jurisdicción local (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, denegó la apelación federal deducida por el presentante con fundamento en que lo relativo a la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios locales resulta ajeno a la instancia del artículo 14 de la ley N° 48 y en que el enjuiciado se limita a reeditar agravios ya expuestos en los remedios desestimados (fs. 114).

Contra dicha decisión, viene en queja el ocurrente por razones que, en sustancia, reproducen las expuestas en el remedio principal (v. fs. 73/83 del cuaderno respectivo).

– II –

En lo que interesa, la Corte provincial desechó los recursos locales por entender, en suma, que la decisión emanada del Jurado de Enjuiciamiento no reviste carácter judicial y que el planteo del recurrente no configura ninguno de los supuestos de excepción apreciados por el Máximo Tribunal de la Nación como contrarios a la garantía del debido proceso (fs. 84/86 del expediente principal, a cuya foliatura habré de referirme en adelante).

Dicha sentencia fue cuestionada mediante el recurso extraordinario deducido a fs. 90/106, el que fue contestado (fs. 108/110) y denegado –reitero– a fs. 114, dando origen a esta queja.

– III –

Expresado en síntesis, el presentante aduce que la decisión de la *a quo* vulnera la prelación normativa estatuida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, al priorizar las disposiciones del artículo 145 de la norma local de rito sobre los artículos 8, 24 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y 16 y 75, inciso 22, de la Ley Suprema de la Nación, impidiéndole, de ese modo, el acceso a la jurisdicción natural y a un debido proceso, tanto en el plano formal como sustantivo, que le posibilite ejercitar la defensa en juicio.

Rechaza la existencia de "continuidad" entre la función jurisdiccional y la fiscal, postulando que, con la abdicación a la tarea judicial operada en septiembre de 1992, se extinguió la posibilidad de juzgar su desempeño como magistrado de instrucción; máxime cuando, sin solución de continuidad, mediante nueva propuesta del ejecutivo y acuerdo senatorial, fue designado fiscal de cámara, en momentos en que era público el fracaso investigativo de la causa que, en definitiva, motivó su enjuiciamiento y destitución.

En el mismo orden, expresa que, dogmáticamente, se concluyó que el Senado provincial confirió el acuerdo ignorando el modo en que el ocurrente condujo el proceso instructorio en el caso aludido, habilitándose por esa vía la sustitución del criterio senatorial por el del jury al tiempo de ponderar los méritos del apelante, extremo que no sólo importó soslayar la presunción de legitimidad de un acto de gobierno y de inocencia del recurrente, sino, además, agraviar el principio republicano inherente al reparto estatal de competencias.

Descalifica, asimismo, el argumento en orden a que la prescripción de la acción no procede mientras el magistrado continúa en funciones, olvidando que la destitución se verificó so pretexto de "mal desempeño" de la función y no por la comisión de delitos en su ejercicio; y ello en relación a una actividad anterior a la desplegada en el ámbito del Ministerio Fiscal y en orden a lo obrado en un único proceso, presuntamente, mal instruido.

Hace hincapié en que el Jurado de Enjuiciamiento, con agravio a la garantía de igualdad legal, se apartó del temperamento expuesto en un precedente en el que juzgó irrazonable remover a un magistrado sobre la base de un único acto funcional, sirviéndose para ello del caprichoso argumento de que se trató aquí de una pluralidad de actos

arbitrarios, de notoria repercusión social; con el agravante de que, por lo demás, la situación de ambos jueces era –en especial, en el plano de los antecedentes personales y disciplinarios– análoga.

Concluye manifestando que lo actuado importó soslayar ritualista y arbitrariamente las garantías de inamovilidad judicial y segunda instancia, incurriendo en una hipótesis de renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva y gravedad institucional (fs. 90/106).

– IV –

Previo a todo, corresponde señalar que el Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, por mayoría, destituyó al presentante de su cargo de titular de la Cuarta Fiscalía de Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial, por entenderlo incurso en la causal de mal desempeño –intolerable apartamiento de la misión confiada a los jueces con daño al servicio y menoscabo a su investidura– en la tramitación de un proceso en el que, como titular del Cuarto Juzgado de Instrucción de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia Mendoza, investigaba la desaparición forzada de dos personas. A criterio del Jury, con el grado de certeza requerido por la etapa del trámite, el presentante exhibió una falta de idoneidad subjetiva mínima para el ejercicio de la magistratura (fs. 4/23).

Recurrida dicha decisión mediante los remedios locales de casación e inconstitucionalidad (cfse. fs. 24/50), conforme antes se puntualizó, la Suprema Corte Provincial desechó las impugnaciones con arreglo a los argumentos expuestos *ut supra*, con especial énfasis en que: a) el pronunciamiento se ciñó al objeto del litigio y a las pretensiones de las partes, asegurando la primacía de la verdad jurídica objetiva; b) la apreciación de la prueba y las acciones u omisiones del enjuiciado corresponden al Jurado de Enjuiciamiento en forma excluyente; escapando, por regla, su revisión, al control judicial; c) no se acredita en modo nítido y concluyente una inequívoca violación del artículo 18 de la Constitución Nacional y se guarda silencio respecto de las defensas de las que habría sido privado y su influencia en lo decidido; d) el enjuiciado fue oportunamente oído, presentó y concretó sus cargas y descargos, ofreció y produjo su prueba y ejerció con amplitud la defensa; y, e) el quejoso se limita a discrepar con el parecer del jury en orden a la posibilidad constitucional de su juzgamiento y con el trato conferido al planteo de prescripción y caducidad de la potestad juzgadora (cfse. fs. 84/86).

Tales argumentos fueros contradichos mediante una crítica sobre la que se abundará en lo que sigue.

– V –

En primer término, considero corresponde poner de relieve que las objeciones del recurrente al artículo 41 de la ley provincial N° 4.970 –por el que se veda la posibilidad de recurrir las decisiones del Tribunal de Enjuiciamiento, excepción hecha de los proveídos de mero trámite– devienen inoficiosas tan pronto se advierte que, allende la consideración inicial de la Corte mendocina en orden a la índole no judicial de la decisión del Jury, lo cierto es que el Alto Cuerpo local adscribió, finalmente –como resalta la propia quejosa– a la doctrina de V.E. relativa a la recurribilidad de las resoluciones de los jurados de enjuiciamiento en los casos en que se aprecie comprometida la garantía constitucional del debido proceso. Ello es así, sin perjuicio de que examinado concretamente el planteo, la Corte haya descartado la existencia de una afectación de dicho tenor a tal prerrogativa del enjuiciado (v. recientemente S.C. R. N° 747, L. XXXVII, "Risso Carlos, juez de primera en lo penal de instrucción de Melincué s/ solicita se arbitren los medios para proceder al desafuero del doctor Carlos Andrés Fraticelli –causa N° 645/2000–", del 03 de octubre del corriente).

La citada circunstancia, máxime cuando las argumentaciones de la quejosa se dirigen esencialmente a poner en evidencia la existencia de un compromiso a la referida garantía constitucional, determinan –entre otros extremos– que me incline por desestimar, sin más, los cuestionamientos expuestos en el punto por el ocurrente, sin que ello importe preterir la índole, en sí misma, controversial del planteo, especialmente, a la luz de lo preceptuado por el artículo 115, 2° párrafo, de la Constitucional Nacional, tras la reforma de 1994.

Las consideraciones que anteceden –sin perjuicio de lo que se dirá más adelante– entiendo que sustancialmente alcanzan a lo alegado por el presentante en torno a la inteligencia conferida por la Juzgadora al artículo 145 del dispositivo ritual de la provincia.

En segundo término y deteniéndonos ahora en los fundamentos en sí de la protesta, advierto que, en rigor, el impugnante no pretende haber sido afectado en el ejercicio adjetivo o formal de su defensa; aseveración que se corrobora por la falta de señalamiento de instan-

cias probatorias omitidas o desechadas. Su queja, en realidad, se dirige a poner de resalto que, contra lo sostenido por el Jurado, el Senado Provincial sí conocía los pormenores de la desaparición forzosa cuya investigación estaba entonces a su cargo. Empero, examinadas las actuaciones, emerge que el Jury –integrado, vale decirlo, también por miembros del cuerpo senatorial– no encontró indicio alguno de que la Cámara Legislativa haya discutido la cuestión atinente a aquel caso; extremo que intentó explicar anotando que, en esa fecha, la causa se hallaba bajo secreto de sumario. Es claro, a mi ver, el sentido de la citada afirmación: aun siendo público y notorio el hecho y el consiguiente fracaso investigativo, no lo era la índole del desempeño del magistrado, cuyo examen estricto requería conocer lo obrado procesalmente en aras a esclarecer el episodio y castigar a los responsables. En ese plano no advierto, luego, que la convicción de la Corte provincial en orden a la falta de prueba de agravios a la defensa del acusado naufrague en este punto. Repárese, inclusive, en que el rigor del principio del secreto de las actuaciones fue esgrimido, precisamente, en su oportunidad por el entonces juez de instrucción para denegar el pedido de la autoridad nacional de copias del sumario, a fin de responder el planteo formalizado por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a raíz de este asunto (v. fs. 14).

Por lo demás, entiendo que es ostensible que los señalamientos de la presentante se dirigen, en sustancia, a cuestionar la potestad misma del enjuiciamiento llevado adelante por el Jury de la Provincia, aspecto sobre en el que nos detendremos en el siguiente ítem.

– VI –

Dice la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza que el ocurrente se limitó a discrepar con los argumentos provistos por el Tribunal de Enjuiciamiento para defender, en este caso, su potestad juzgadora. Examinado lo expuesto sobre el punto por el citado órgano considero que, en lo sustantivo, le asiste razón al Máximo Tribunal de la Provincia.

Y es que el Jury sostuvo, en suma, sobre el tema que: 1) el proceso de enjuiciamiento de los magistrados es de naturaleza política; 2) no existe una regla que consagre la extinción de la responsabilidad judicial política, lo que resulta razonable si se la relaciona con la garantía de inamovilidad; 3) no consta que el Senado haya examinado la actuación del magistrado en el caso de que se trata; 4) el mal desempeño

concierne a la función y no al cargo; y, 5) no existe un vacío o laguna legislativa, en tanto el propósito del ordenamiento ha sido no poner término a la potestad de juzgamiento conferida al Jury en protección de los intereses superiores del buen funcionamiento del Poder Judicial de la Provincia.

A su turno, la Suprema Corte local, previo a poner de relieve, insisto, la mera discrepancia del quejoso, abundó, valiéndose de diversas citas jurisprudenciales, en orden a que el sentido del juicio político es muy diverso al de un proceso de naturaleza judicial, puntualizando que la subsunción de los hechos en las causales de remoción y la apreciación de la prueba inherente al obrar del enjuiciado, constituye un ámbito reservado al criterio de quienes, por la ley, están encargados de manera excluyente del juicio de responsabilidad política de los magistrados, resultando –por regla– extraño al contralor de la justicia (fs. 84vta./85).

Frente a ello, y situados en el contexto de excepcionalidad recursiva sobre el que abundó la Juzgadora, el presentante se limita a erigir una suerte de discurso paralelo, contrapuesto al anterior, pero sin vigor suficiente como para conmoverlo y dejar nítidamente expuesta su sin razón; máxime, además, en un plano como es el que atañe al derecho público local, por principio, ajeno a la vía del artículo 14 de la ley N° 48 (Fallos: 324:1721, etc.), aun en las cuestiones justiciables.

– VII –

Pero hay un aspecto, sin embargo, que conmueve mi convicción de que corresponde confirmar, lisa y llanamente, lo decidido por la Corte local. Y es el relativo a la postulación de la existencia de un menoscabo a las facultades privativas del Senado Provincial en lo que atañe al examen, por el Jury de Enjuiciamiento, de lo obrado por un magistrado en ejercicio de una función, habiendo mediado nuevo acuerdo senatorial para el ejercicio de otra.

Y es que, según jurisprudencia de V.E., la decisión de si un asunto, en alguna medida, ha sido confiado por la Constitución a otro poder del Estado, o si un acto de una rama del gobierno excede la competencia que le ha sido atribuida, constituye un delicado ejercicio de exégesis constitucional que debe ser efectuado por un tribunal de justicia, en tanto exige, precisamente, interpretar la Carta Magna, supuesto que permitirá definir en qué medida –si existe alguna– el ejer-

cicio de ese poder puede ser sometido a la revisión judicial (v. Fallos: 316:972 y 2940; 317:335, voto del juez Moliné O'Connor; 318:2291, disidencia de los jueces Moliné O'Connor y Fayt; 319:705, disidencia de los jueces Moliné O'Connor y López; 321:3236; 322:1616; 324:2299, voto del juez Vázquez; y 324:3358).

En el caso, el presentante aduce haber sido removido de su cargo de Fiscal ante la Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza a raíz de hechos anteriores a su designación, con el agravante, según él, inclusive, de que se habría tratado de hechos de trascendencia pública conocidos por el Senado de la Provincia, con anterioridad a verificarse aquélla.

Tal planteo, con arreglo a la jurisprudencia anteriormente citada, no parece adecuadamente contestado con la sola referencia a que importa una mera discrepancia con el parecer del Jurado de Enjuiciamiento, desde que dicha respuesta, si bien correcta en lo formal, no significa aquel delicado ejercicio de exégesis constitucional a que se hizo referencia, en un ítem que, por comprometer un presupuesto de lo obrado en relación al quejoso, podría entenderse vinculado finalmente con la garantía del debido proceso que aquél dice agraviada.

Y dicho supuesto, vale referirlo, puede decirse que concierne doblemente a la potestad de juzgamiento de la Corte Provincial, puesto que no sólo atañe al derecho público local sino que, además, cabe entenderlo como que traduce una contienda inherente a los poderes de la Provincia, lo cual constituye una materia de ineluctable y excluyente jurisdicción local, con arreglo a la jurisprudencia, entre otros precedentes, de Fallos: 259:11; 264:375; 300:243; 302:186; 308:525, 770, 961; 317:1162, donde se destacó la sustracción de la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la reforma constitucional de 1860, no alterada en este punto en 1994, de los conflictos entre poderes públicos provinciales (A ese respecto, v. especialmente el parecer de este Ministerio Público expuesto en Fallos: 310:2845 y la cita en el ítem X de ese dictamen de la opinión del entonces Procurador General de la Nación, Dr. Enrique C. Petracchi, recaída en el precedente de Fallos: 291:384).

– VIII –

Por lo expresado, considero entonces que corresponde desestimar la presentación extraordinaria, salvedad hecha de lo expuesto en el

ítem VII del presente dictamen, materia sobre la cual procede receptar el recurso y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se expida sobre el particular. Buenos Aires, 21 de octubre de 2002. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Enrique Antonio Jesús Knoll Oberti en la causa Varela Alvarez, Carlos y Lavado, Diego s/ denuncia causa 3/99", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, por decisión mayoritaria de sus miembros, resolvió destituir al doctor Enrique Antonio Jesús Knoll Oberti del cargo de fiscal de la Cuarta Fiscalía de Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en orden a la causal de mal desempeño de las funciones, fundada en las irregularidades cometidas por el ex magistrado durante la tramitación de una causa, cuando se desempeñaba como titular del 4° Juzgado de Instrucción de la Provincia de Mendoza. Invocó los arts. 11, inc. a y 12, incs. a y b de la ley 4970.

Dicho pronunciamiento fue impugnado por el ex magistrado mediante un recurso extraordinario de inconstitucionalidad y casación, que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza desestimó.

Contra tal decisión el interesado interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que en el *sub lite*, el recurrente se agravió en la instancia recursiva local contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, en particular, por haber conducido un proceso que concluyó con la destitución de un fiscal de cámara por la actuación que había cumplido cuando se desempeñaba, una década antes,

como juez de instrucción de esa provincia, es decir después de haber recibido un nuevo acuerdo del Senado. Interpretó que ello violaba las garantías reconocidas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

3°) Que el Tribunal comparte la opinión vertida por el señor Procurador Fiscal en los capítulos I a VI de su dictamen, en particular, en cuanto a que el recurrente se limita a discrepar con los argumentos vertidos por el Tribunal de Enjuiciamiento enderezados a defender su potestad juzgadora.

Ello es así, en primer lugar, porque –tal como señaló el Superior Tribunal– si bien en principio las decisiones de los jurados de enjuiciamiento son irrecurribles, la jurisprudencia ha admitido excepción a tal regla cuando se configura la violación del debido proceso en forma grosera, flagrante e inequívoca, debiendo verificarse en cada caso tales características a los fines de determinar si se configura un supuesto de excepción (Fallos: 308:961; 316:2940; entre otros); pero como dichos extremos no fueron demostrados en la especie, tal inobservancia lleva a la desestimación de los recursos oportunamente interpuestos.

4°) Que, con relación a la alegada caducidad de la potestad juzgadora del Tribunal de Enjuiciamiento frente al nuevo acuerdo prestado por la legislatura local, el recurso extraordinario deducido no satisface el requisito de demostrar que las defensas opuestas tendrían la virtualidad de conducir a una solución diferente de la adoptada (Fallos: 310:727 y sus citas; 315:449; 325:854 y su cita).

Ello es así en razón de que el *jury*, para fundar su decisión, no ponderó únicamente el marco fáctico invocado por el recurrente para sostener que los hechos habían sido conocidos por los legisladores al prestar el nuevo acuerdo, debido al estado público que habían tomado la desaparición de las personas involucradas y la tramitación de la causa en el juzgado de instrucción entonces a su cargo. El Tribunal de Enjuiciamiento también formuló un examen pormenorizado de las consecuencias de esos actos, que sólo se conocieron en su real magnitud tiempo después de otorgado dicho acuerdo. En tal contexto, tuvo en cuenta la repercusión institucional del secreto de sumario dispuesto en la causa, inusualmente prolongado hasta el año 1992 –en que se prestó el acuerdo– y en virtud del cual el recurrente denegó la información solicitada por la Comisión de Derechos Humanos, que derivó finalmente en la intervención de la Corte Interamericana y en la pos-

terior condena al Estado Argentino. También evaluó que ese accionar irregular motivó la reforma de una norma procesal, que impuso un límite temporal al secreto en las causas judiciales y autorizó su examen en caso de muerte, ausencia o desaparición de personas (capítulo IV, especialmente punto 9, del fallo).

En ese marco, la recurrente omitió indicar de qué modo las deficiencias que imputa al *a quo* en la denegación de su recurso local podrían haber conducido a una solución diferente, ya que no ha rebatido idóneamente los fundamentos del *jury* que se asientan en la proyección temporal e institucional de los actos sometidos a juzgamiento, que por haberse configurado o conocido con posterioridad al otorgamiento del acuerdo, no pudieron haber integrado –ni siquiera tácitamente– el marco de convicción en que la legislatura local ejerció sus funciones, lo que excluye el supuesto de colisión funcional entre los poderes locales en que el apelante fundó su defensa.

5°) Que en tales condiciones no se advierte que se configure la cuestión federal que es requisito imprescindible en esta clase de asuntos para habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Reintégrese el depósito por no corresponder. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales.

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

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que el Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, por decisión mayoritaria de sus miembros, resolvió destituir al doctor Enrique Antonio Jesús Knoll Oberti del cargo de fiscal de la Cuarta Fiscalía de Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en orden a la causal de mal desempeño de las funcio-

nes, fundada en las irregularidades cometidas por el ex magistrado durante la tramitación de una causa, cuando se desempeñaba como titular del 4° Juzgado de Instrucción de la Provincia de Mendoza. Invocó los arts. 11, inc. a y 12, incs. a y b de la ley 4970.

Dicho pronunciamiento fue impugnado por el ex magistrado mediante un recurso extraordinario de inconstitucionalidad y casación, que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza desestimó.

Contra tal decisión el interesado interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que en el *sub lite*, el recurrente se agravió en la instancia recursiva local contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, en particular, por haber conducido un proceso que concluyó con la destitución de un fiscal de cámara por la actuación que había cumplido cuando se desempeñaba, una década antes, como juez de instrucción de esa provincia, es decir después de haber recibido un nuevo acuerdo del Senado. Interpretó que ello violaba las garantías reconocidas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

3°) Que el Tribunal comparte la opinión vertida por el señor Procurador Fiscal en los capítulos I a VI de su dictamen, en particular, en cuanto a que el recurrente se limita a discrepar con los argumentos vertidos por el Tribunal de Enjuiciamiento enderezados a defender su potestad juzgadora.

Ello es así, en primer lugar, porque –tal como señaló el Superior Tribunal– si bien en principio las decisiones de los jurados de enjuiciamiento son irrecurribles, la jurisprudencia ha admitido excepción a tal regla cuando se configura la violación del debido proceso en forma grosera, flagrante e inequívoca, debiendo verificarse en cada caso tales características a los fines de determinar si se configura un supuesto de excepción (Fallos: 308:961; 316:2940; entre otros); pero como dichos extremos no fueron demostrados en la especie, tal inobservancia lleva a la desestimación de los recursos oportunamente interpuestos.

4°) Que por otro lado, con respecto a la pretensión enderezada a sostener la caducidad de la potestad juzgadora del *jury* frente al nuevo acuerdo de la Legislatura recibido por el magistrado, cabe recordar

que dicho planteo fue desestimado por el Jurado de Enjuiciamiento sobre la base de que no se está en presencia de un vacío o laguna legislativa, sino que antes bien y por el contrario, el propósito del ordenamiento jurídico ha sido no poner término a la potestad de juzgamiento conferida a los jurados de enjuiciamiento en protección de los intereses institucionales superiores del buen funcionamiento del Poder Judicial; consideraciones respecto de las cuales el recurrente sólo exhibió en la instancia local una subjetiva discrepancia que fue desestimada sin arbitrariedad, por el tribunal *a quo*.

5°) Que en tales condiciones no se advierte que se configure la cuestión federal que es requisito imprescindible en esta clase de asuntos para habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Reintégrese el depósito por no corresponder. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que el Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, por decisión mayoritaria de sus miembros, resolvió destituir al doctor Enrique Antonio Jesús Knoll Oberti del cargo de fiscal de la Cuarta Fiscalía de Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en orden a la causal de mal desempeño de las funciones, fundada en las irregularidades cometidas por el ex magistrado durante la tramitación de una causa, cuando se desempeñaba como titular del 4° Juzgado de Instrucción de la Provincia de Mendoza. Invocó los arts. 11, inc. a y 12, incs. a y b de la ley 4970.

Dicho pronunciamiento fue impugnado por el magistrado mediante un recurso extraordinario de inconstitucionalidad y casación, que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza desestimó.

Contra tal decisión el interesado interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que el recurrente, en lo sustancial, se agravia del proceder del Jurado de Enjuiciamiento por haber decidido su destitución como fiscal de cámara con fundamento en su actuación, una década antes, como juez de instrucción en la misma provincia. Sostiene que se vulneró el principio republicano de división de poderes pues al recibir un nuevo acuerdo del Senado local habría caducado la potestad juzgadora del *jury*.

3°) Que, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Corte, los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos extraordinarios de orden local que les son llevados, no resultan, como regla, susceptibles de revisión en la instancia del art. 14 de la ley 48, y la tacha de arbitrariedad es especialmente restrictiva al respecto (Fallos: 302:1221; 304:427; 306:885; 307:188; entre muchos otros).

En el caso, se trata de establecer si el Tribunal tiene facultad para resolver una discusión acerca de las atribuciones discernidas en las constituciones locales a los respectivos órganos de poder, y el alcance del ejercicio de aquéllas.

4°) Que, de la naturaleza de las cuestiones planteadas surge con toda evidencia que se trata de un conflicto de poderes centrado en el ámbito de competencias del Jurado de Enjuiciamiento y del Poder Legislativo local en función de las disposiciones constitucionales provinciales y de las leyes dictadas en concordancia.

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, el Tribunal carece de jurisdicción para entender respecto de las cuestiones que, según su esencia, constituyen conflictos de poderes locales (Fallos: 259:11, considerando 1° y sus citas). Ello es así porque en la reforma constitucional de 1860 se suprimió de la Constitución Nacional la atribución que confería a esta Corte jurisdicción para conocer y decidir los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia.

Esta doctrina, en definitiva, encuentra sustento en lo dispuesto en los arts. 121 y siguientes de la norma fundamental y en la autonomía reconocida a los estados provinciales que es derivación de la forma federal adoptada por nuestra Constitución.

Por la aplicación de la doctrina citada, la protección y vigencia de las garantías deben buscarse dentro de los diversos resortes institu-

cionales de la respectiva jurisdicción y por ello los conflictos entre autoridades locales deben hallar solución –jurídica y política– en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación (Fallos: 136:147; 264:7; 291:384).

5°) Que, asimismo, cabe recordar que las provincias conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional) y ejercen en plenitud las facultades correspondientes a su calidad de Estado autónomo, incluida la atribución de darse sus propias constituciones y de regirse por ellas (Fallos: 314:1459; 317:1195; 322:2817, entre otros).

La competencia privativa y excluyente de la autoridad provincial para establecer el régimen de nombramiento y remoción de sus funcionarios deriva fundamentalmente de lo dispuesto por el art. 122 de la Constitución Nacional, norma que excluye categóricamente la intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales; consecuentemente, la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de juzgamiento de magistrados y funcionarios establecidos en las constituciones provinciales, fenece dentro del ámbito local de acuerdo con las normas que se hayan dictado al efecto.

Finalmente corresponde destacar que, en el caso, el *a quo* ha resuelto el recurso llevado a su conocimiento mediante una razonable adecuación a las normas locales y sin que pueda advertirse afectación alguna al debido proceso adjetivo.

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Reintégrese el depósito por no corresponder. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que el Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, por decisión mayoritaria de sus miembros, resolvió destituir al doctor

Enrique Antonio Jesús Knoll Oberti del cargo de fiscal de la Cuarta Fiscalía de Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en orden a la causal de mal desempeño de las funciones, fundada en las irregularidades cometidas por el ex magistrado durante la tramitación de una causa, cuando se desempeñaba como titular del 4° Juzgado de Instrucción de la Provincia de Mendoza. Invocó los arts. 11, inc. a y 12, incs. a y b de la ley 4970.

Dicho pronunciamiento fue impugnado por el ex magistrado mediante un recurso extraordinario de inconstitucionalidad y casación, que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza desestimó.

Contra tal decisión el interesado interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que en el *sub lite*, el recurrente se agravió en la instancia recursiva local contra la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza, en particular por haber conducido un proceso que concluyó con la destitución de un fiscal de cámara por la actuación que había cumplido cuando se desempeñaba, una década antes, como juez de instrucción de esa provincia, es decir, después de haber recibido un nuevo acuerdo del Senado. Interpretó que ello violaba las garantías reconocidas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

3°) Que tal planteo no mereció tratamiento por parte del tribunal provincial, quien se limitó a desestimar el recurso de inconstitucionalidad local sobre la base de que no se advertía que se configurara ninguno de los supuestos de excepción que se consideran violatorios de la garantía constitucional del debido proceso.

4°) Que el Tribunal comparte la opinión vertida por el señor Procurador Fiscal en el capítulo VII de su dictamen. Ello es así pues decidir si un asunto, en alguna medida, ha sido confiado por la Constitución a otro poder del Estado, o si un acto de una rama del gobierno excede la competencia que le ha sido atribuida, constituye un delicado ejercicio de exégesis constitucional que debe ser efectuado por un tribunal de justicia, en tanto exige interpretar la Carta Magna para definir en qué medida –si existe alguna– la acción de ese poder puede ser sometida a la revisión judicial (Fallos: 321:3236 entre muchos otros). Y en segundo lugar, en cuanto a que el apelante introduce una cuestión –la caducidad de la potestad juzgadora del Jurado de Enjui-

ciamiento frente al nuevo acuerdo de la legislatura– que concierne doblemente a las potestades de la Corte provincial, puesto que no sólo atañe al derecho público local sino que, además, cabe entenderlo, traduce una contienda inherente a los poderes de la provincia, lo que constituye una materia de excluyente jurisdicción local (Fallos: 317:1162 y sus citas, entre muchos otros).

5°) Que en tales condiciones, la omisión en que incurrió el *a quo* al no haber tratado un agravio esencial y conducente para la solución de la causa afecta severamente los derechos constitucionales que el recurrente dice vulnerados, e impone la descalificación del fallo por aplicación de la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo. Reintégrese el depósito. 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 resuelto. Notifíquese y remítase.

CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por **Enrique Antonio Jesús Knoll Oberti,** patrocinado por el Dr. **Oscar Dimas Agüero.**
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Mendoza.**

YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES S.A.
v. HUGO HORACIO GOÑI Y OTRO

RECURSO DE QUEJA: Trámite.

Si los argumentos expresados en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja, en cuanto se relacionan con la aplicación de normas de emergencia respecto de obligaciones expresadas originariamente en moneda extranjera, podrían *prima facie* involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la

instancia del art. 14 de la ley 48, corresponde declarar procedente la queja y disponer la suspensión de los procedimientos de ejecución, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Corresponde desestimar la queja si el recurso extraordinario cuya denegación la origina es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Y.P.F. S.A. c/ Goñi, Hugo Horacio y otro", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los argumentos expresados en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja, en cuanto se relacionan con la aplicación de normas de emergencia respecto de obligaciones expresadas originariamente en moneda extranjera, podrían *prima facie* involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art, 14 de la ley 48, por lo que la queja es procedente, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 308:249; 317:1447; 323:813 y recientemente de Fallos: 327:516).

Por ello, se declara procedente el recurso de queja y se dispone la suspensión de los procedimientos de ejecución. Reintégrese el depósito de fs. 1. Notifíquese, líbrese oficio al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 59 y solicítense los autos principales.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR
MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

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

Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de hecho interpuesto por **Hugo Horacio y Alcides Rubén Goñi,** representados por **el Dr. Mario Roberto Pared.**
Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 59.**

CAMPO LUJAN S.A. v. PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO Y OTRA

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

La concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

Si bien cuando el que demanda es una persona de existencia ideal el beneficio de litigar sin gastos debe ser apreciado con suma prudencia, no existen restricciones legales para concederlo en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de insolvencia alegadas.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

El beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de la defensa en juicio y la de la igualdad ante la

ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional), habida cuenta de que por su intermedio se asegura la prestación de los servicios de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

Corresponde conceder el beneficio de litigar sin gastos previsto en los arts. 78 y concs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si las pruebas producidas en el incidente con el propósito de acreditar la carencia de recursos constituyen elementos de convicción suficientes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 1/2 Campo Luján S.A. solicita que se le conceda el beneficio de litigar sin gastos en los términos del art. 78 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para poder proseguir la demanda por daños y perjuicios seguida contra la Provincia de Santiago del Estero y la Administración Provincial de Recursos Hídricos de dicho Estado provincial, en virtud de la imposibilidad económica para afrontar los gastos que aquélla ocasione y el pago de la tasa de justicia correspondiente. El monto de la demanda asciende a $ 1.458.577.

2°) Que, como lo ha decidido este Tribunal en reiteradas oportunidades, la concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial.

Si bien cuando el que demanda es una persona de existencia ideal el instituto en examen debe ser apreciado con suma prudencia, no existen restricciones legales para concederlo en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de insolvencia alegadas.

3°) Que tal beneficio encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de la defensa en juicio y la de la igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional). Ello es así, habida cuenta de que por su intermedio se asegura la prestación de los servicios de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes (Fallos: 311:1372, considerando 2°).

4°) Que las pruebas producidas en este incidente con el propósito de acreditar la carencia de recursos constituyen elementos de convicción suficientes para conceder el beneficio previsto en los arts. 78 y concs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, del informe del perito contador obrante a fs. 27/27 vta. y de las explicaciones de fs. 41/42 resulta que Campo Luján S.A. cuenta con un saldo de caja de tan sólo $ 34,66, pues el resto de las cuentas activas es de incierta realización; a su vez, el pasivo es de $ 122.362,71, por lo que considera que la sociedad carece de los medios necesarios para iniciar y tramitar el presente juicio.

A fs. 5 y 6 obran las declaraciones de los testigos, de las cuales se desprende que la actora carece de recursos suficientes para solventar los gastos del proceso, toda vez que tanto los campos como así también los bienes muebles, maquinarias, etc. que integran todo su patrimonio se encuentran “incapacitados para producir”. Afirman, además, que la empresa no ha podido cumplir con el pago de los créditos obtenidos.

A fs. 34 el Estado provincial contesta el traslado del informe pericial y a fs. 47/49 el del art. 81 del código de forma, en el cual se opone a la concesión de la franquicia solicitada.

5°) Que los argumentos esgrimidos por la Provincia de Santiago del Estero en su escrito de fs. 47/49 no logran conmover la decisión a la que ha llegado el Tribunal, pues dicha parte destina su presentación a discrepar con la afirmación del experto acerca de la imposibilidad de la demandante para pagar los gastos originados por esta causa, sin desconocer ni refutar el informe contable en cuanto concluye que las cuentas del activo son insuficientes para afrontar aquellas erogaciones, que la sociedad registra un quebranto acumulado de $ 936.021,99 que afecta significativamente el resultado de aquél y que la peticionaria no registra ningún tipo de operación de ingresos.

Por otro lado, la provincia ha realizado en su presentación un ofrecimiento extemporáneo de prueba, pues debió realizarlo en oportunidad de la citación efectuada en los términos del art. 80 del ordenamiento procesal (fs. 4) y no, como erróneamente lo intenta, al correrse el traslado de la prueba producida que contempla el art. 81 del código citado (fs. 46 vta.).

Por ello, y dada la conformidad del representante del Fisco, se resuelve: Conceder el beneficio de litigar sin gastos solicitado, con costas. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Nombre de la parte actora: **Campo Luján S.A.**, representada por **su presidente Horacio Leonardo Alegre**, patrocinado por el doctor **Martín A. Florio**.
Nombre de la demandada: **Provincia de Santiago del Estero,** letrado apoderado doctor **Ramiro Suaiter – renunció a fs. 52.**

PROVINCIA DE LA RIOJA v. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Para que una provincia pueda ser tenida por parte a los fines de la competencia originaria de la Corte Suprema –insusceptible de ser ampliada o restringida por voluntad de los litigantes– debe serlo en un doble sentido: nominal y sustancial, extremo que depende de la realidad jurídica del litigio y no de las expresiones formales utilizadas por los intervinientes. A esos efectos es parte sustancial quien tiene en el litigio un interés directo debiendo descartarse, en cambio, supuestos en los que la intervención provincial no tiende al resguardo de sus propios intereses sino de terceros.

LEGITIMACION.

Para 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, para lo cual se debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso que se configura si los agravios alegados afectan al demandante de forma “suficientemente directa” o “substancial”, esto es que tengan “concreción e inmediatez”.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

La existencia de un interés particular del demandante en el derecho que alega, 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 reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional. Este Departamento del Gobierno Federal debe ser preservado de la subrejudicialización de los procesos de gobierno.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

En tanto la provincia carece de un interés que la transforme en parte sustancial, es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la acción declarativa en la que se intenta obtener certeza sobre la vigencia de la ley 19.108 y la ausencia de título de un juez federal que integra el Poder Judicial de la Nación, designado por un órgano que, como el Consejo de la Magistratura, es una de las autoridades de la Nación.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

La existencia de "causa" 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 dictada finalmente en el proceso. La parte debe demostrar la existencia de un interés especial, directo o sustancial, es decir, que los agravios alegados tengan suficiente concreción e inmediatez para poder procurar tal proceso (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso" para cuya configuración se exige –entre otros requisitos– que la acción tenga por finalidad fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto. En este sentido la legitimación procesal –tanto de la actora cuanto de la demandada– constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

PODER JUDICIAL.

Los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional –siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana– encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las "causas", "ca-

sos" o "asuntos" que versen, entre otras cuestiones, sobre puntos regidos por la Constitución (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

No hay causa cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad, de las normas o actos de los otros poderes ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

DIVISION DE LOS PODERES.

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, el Tribunal dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

La declaración de incompetencia de la Corte Suprema –respecto del planteo de la provincia en cuanto a la vigencia de la ley 19.108 y la ausencia de título del juez federal– no importa excluir ni retacear la intervención del Poder Judicial de la Nación para conocer en eventuales planteos que postulen la inhabilidad del magistrado subrogante siempre que la cuestión sea introducida por una parte legitimada en el ámbito de una causa judicial de naturaleza contenciosa cuya competencia corresponda al citado magistrado (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27) (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

La provincia que –a través de una acción declarativa por la que intenta obtener certeza sobre la vigencia de la ley 19.108 y la ausencia de título del juez designado por autoridades de la Nación– carece de la condición sustancial de parte y, por lo tanto, la cuestión no ha sido introducida por un sujeto legitimado en el marco de una causa judicial de naturaleza contenciosa (arts. 116 de la Constitución, y 2° de la ley 27) (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La **PROVINCIA DE LA RIOJA** promueve la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra el **ESTADO NACIONAL (CONSEJO DE LA MAGISTRATURA)** y contra **Rubén Alberto Blanco**, Juez Federal subrogante con competencia electoral de La Rioja, a fin de obtener que se declare si la **ley 19.108 de Organización de la Justicia Nacional Electoral** (modificada por las leyes 19.271, 20.080 y 22.866) se encuentra vigente y, en su caso, si rigen las incompatibilidades previstas en ella para desempeñar el cargo de juez federal subrogante con competencia electoral y si el Consejo de la Magistratura y sus Comisiones Internas se encuentran obligados a ajustarse a sus preceptos en las designaciones que efectúan.

A su vez, como sostiene la validez de dicha ley nacional, impugna la **Resolución 120** dictada por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura, en cuanto **prorroga el mandato** del Dr. Rubén A. Blanco como Juez Federal subrogante de La Rioja, otorgado por **Resolución 117**, del 12 de mayo de 2004, con fundamento en lo dispuesto en la Resolución 76/04, que aprueba el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 7°, inc. 15, de la ley 24.937 (incorporado por la ley 25.876).

Afirma que tal nombramiento fue efectuado en violación de la **ley nacional 19.108**, que establece como condición insoslayable para ejercer esa función **"...no haber ocupado cargos partidarios hasta cuatro años antes de la fecha de su designación..." (arts. 2° y 11)**, y el Dr. Blanco integró, hasta poco tiempo antes de su designación, el partido político "Frente con todos", como Consejal Provincial, por el Departamento Capital, y como Convencional, lo cual resulta incompatible.

Pone de relieve que tal magistrado intervendrá en todo el proceso electoral que se llevará a cabo en su jurisdicción –en el que se elegirá Senador Nacional por la provincia–, por lo que tiene interés en la pro-

moción de esta demanda ya que quiere garantizar que los comicios convocados para el próximo 23 de octubre se celebren con transparencia, otorgando un trato igualitario a todos los partidos políticos que intervengan, con autoridades imparciales que no comprometan su legitimidad, a fin de afianzar la paz social y el sistema democrático de gobierno, de conformidad con los arts. 3° y 75 de la Constitución provincial.

A fs. 31, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A mi modo de ver, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de este dictamen, opino que el *sub lite* corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*.

En efecto, toda vez que una Provincia argentina demanda ante V.E. al Estado Nacional, entiendo que la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales que les asisten a ambas partes, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, es sustanciar el proceso en esa instancia originaria (doctrina de Fallos: 318:830; 315:158 y 1232; 322:1043, 2038 y 2263; 323:470, 1110 y 1206; 324:2042 y 2859, entre muchos otros). Buenos Aires, 8 de junio de 2005. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que los antecedentes fácticos relatados en la demanda, el objeto de la pretensión y los fundamentos invocados para sostenerla han sido adecuadamente reseñados en el dictamen del señor Procurador General de la Nación, al que corresponde remitir para evitar reiteraciones innecesarias.

2°) Que es doctrina de este Tribunal que para que una provincia pueda ser tenida por parte a los fines de su competencia originaria –insusceptible de ser ampliada o restringida por voluntad de los litigantes– debe serlo en un doble sentido: nominal y sustancial, extremo que depende de la realidad jurídica del litigio y no de las expresiones formales utilizadas por los intervinientes (Fallos: 176:164; 297:396; 307:2249; 311:879; 313:1681; 315:2316; 316:604; 323:1217). A esos efectos es parte sustancial quien tiene en el litigio un interés directo debiendo descartarse, en cambio, supuestos en los que la intervención provincial no tiende al resguardo de sus propios intereses sino de terceros.

3°) Que, en efecto, como lo ha subrayado esta Corte en los precedentes de Fallos: 322:528 y 326:1999, para 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, para lo cual la peticionaria debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso que se configura si los agravios alegados afectan al demandante de forma "suficientemente directa" o "substancial", esto es que tengan "concreción e inmediatez".

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 reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional. Este Departamento del Gobierno Federal, como se ha enfatizado en dichos precedentes, debe ser preservado de la subrejudicialización de los procesos de gobierno.

4°) Que con arreglo a todo lo expresado cabe descartar que la provincia tenga en el pleito un interés de ese carácter que la transforme en parte substancial, pues la afirmación de que el gobierno local debe preservar que las elecciones a celebrarse en su territorio "...estén sujetas a la mayor transparencia, en una situación igualitaria a los diversos partidos políticos y sin parcialidades que puedan comprometer

la legitimidad de los mismos y la paz social, valores estos que se desprenden de la propia Constitución Provincial" no es apta, por su generalidad y por no diferenciarse del interés que podría invocar cualquier ciudadano de esa provincia a través de una acción popular vedada en el orden federal, para procurar una declaración de certeza con respecto a la vigencia de la ley 19.108 y a la subsistencia de las incompatibilidades que dicho texto normativo prevé con respecto a los jueces federales con competencia electoral.

La conclusión que antecede sólo desconoce la condición sustancial de parte del Estado provincial, mas en modo alguno excluye ni retacea la intervención del Poder Judicial de la Nación para conocer en un planteamiento que postule la inhabilidad del magistrado subrogante para desempeñar funciones como juez electoral, siempre que, como se ha señalado, esa cuestión haya sido introducida por una parte legitimada en el marco de una causa judicial de naturaleza contenciosa (arts. 116 de la Constitución Nacional, y 2° de la ley 27; arg. art. 167, inc. 1°, del Código Procesal Penal de la Nación).

5°) Que, por último, cabe puntualizar que la pretensión introducida en estas actuaciones carece de todo elemento común con la que dio lugar a la intervención de esta Corte en el precedente de Fallos: 321:3236, pues allí la Provincia del Chaco demandó la declaración de inconstitucionalidad de una resolución del Senado de la Nación que había decidido no incorporar a esa cámara a los senadores nacionales elegidos por la legislatura provincial, que por ende llenaba la condición de parte substancial en función del interés cuya tutela procuró obtener. En cambio, en el *sub lite* la provincia intenta obtener certeza sobre la ausencia de título de un juez federal que integra el Poder Judicial de la Nación y que ha sido designado por un órgano que, como el Consejo de la Magistratura, es una de las autoridades de la Nación.

Por ello y oído el señor Procurador General de la Nación se declara que la presente causa es ajena a la competencia originaria de esta Corte. Notifíquese y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que la Provincia de La Rioja persigue por medio de esta acción declarativa de certeza, que la Corte declare que se encuentra vigente la ley de Organización de la Justicia Nacional Electoral 19.108 en cuanto dispone que los jueces federales con competencia electoral no deben haber ocupado cargos partidarios hasta cuatro años antes de la fecha de su designación (arts. 2 y 11). Sobre esa base, impugna la validez de la resolución 120 del 12 de abril de 2005, por medio de la cual la Comisión de Selección de Magistrados del Consejo de la Magistratura dispuso prorrogar por seis meses, a partir del 13 de mayo de 2005, la designación del doctor Rubén Alberto Blanco como magistrado subrogante en el Juzgado Federal de Primera Instancia de La Rioja efectuada mediante la anterior resolución de ese cuerpo N° 117, del 12 de mayo de 2004. Dirige su pretensión contra el Estado Nacional (Consejo de la Magistratura) y contra el designado juez subrogante, Rubén Alberto Blanco.

2°) Que sustancialmente sostiene que la inhabilidad antes indicada no había quedado derogada "por imperio de la desuetudo" (confr. decreto 601/05 del gobernador provincial), circunstancia que obsta a que el designado Rubén Alberto Blanco pueda desempeñar el cargo de juez federal con competencia electoral en la medida en que, según se indica en el decreto recién citado, "Rubén Alberto Blanco perteneció al partido político... hasta poco tiempo antes de ser designado juez federal subrogante con competencia electoral de la Provincia de La Rioja" (ver considerandos del mencionado decreto).

3°) Que el Tribunal no comparte el dictamen del señor Procurador General en orden a que la presente causa corresponde a su competencia originaria en razón de haber sido iniciada por una provincia argentina contra el Estado Nacional. Ello no resulta suficiente para determinar aquella competencia originaria del Tribunal –insusceptible de ser ampliada o restringida por voluntad de los litigantes– en situaciones en que, como en la especie, la provincia no es parte sustancial en el pleito.

4°) Que, en efecto, es doctrina de esta Corte que para que una provincia pueda ser tenida por parte a los fines indicados, debe serlo

en un doble sentido: nominal y sustancial, extremo este último que se configura cuando el Estado local tiene en el pleito un interés directo, lo que depende de la realidad jurídica del litigio y no de las expresiones formales utilizadas por los intervinientes (Fallos: 313:1681; 315:2316; 318:2531; 325:2143). Deben descartarse en cambio los supuestos en los que la intervención provincial no tiende al resguardo de sus propios intereses sino de los de terceros (Fallos: 325:2143).

5°) Que la existencia de "causa" 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 dictada finalmente en el proceso. La parte debe demostrar la existencia de un interés especial, directo o sustancial, es decir, que los agravios alegados tengan suficiente concreción e inmediatez para poder procurar tal proceso (Fallos: 322:528; 324:2388; 326:3007).

Así este Tribunal ha sostenido que la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso" para cuya configuración se exige –entre otros requisitos– que la acción tenga por finalidad fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 308:1489; 310:606; 311:421; 321:551; 325:474). En este sentido, y como se destacó en Fallos: 322:528, la legitimación procesal –tanto de la actora cuanto de la demandada– constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal.

Como se recordó en la causa S.320.XXXVII "Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 27 de mayo de 2004, voto concurrente de los jueces Fayt y Maqueda, dicha necesidad surge de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, los cuales –siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana– encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las "causas", "casos" o "asuntos" que versen, entre otras cuestiones, sobre puntos regidos por la Constitución; expresiones estas últimas que, al emplearse de modo indistinto, han sido consideradas sinónimas pues, como afirma Montes de Oca con cita de Story, en definitiva, aluden a "*un proceso (...) instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales*" (Lecciones de Derecho Constitucional, Menéndez, Buenos Aires, 1927, T. II, pág. 422). De ahí que, en análoga línea de razonamiento, al reglamentar el citado art. 116, el art. 2° 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".

Sobre la base de tales disposiciones –se sostuvo allí, con cita de Fallos: 322:528– una constante jurisprudencia del Tribunal expresó que dichos casos "son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas", motivo por el cual no hay causa "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad, de las normas o actos de los otros poderes" ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (Fallos: 307:2384, considerando 2° y sus citas entre muchos otros).

6°) Que una invariable jurisprudencia del Tribunal ha señalado que "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 de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental" (Fallos: 322:528 y sus citas; causa S.320.XXXVII antes citada, voto de los jueces Fayt y Maqueda).

Se concluyó entonces en los citados precedentes, que la exigencia de caso, causa o asunto, presupone la de parte, esto es, la de quien reclama y se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso.

7°) Que con arreglo a todo lo expresado, cabe descartar que la provincia tenga en este pleito un interés de ese carácter que la transforme en parte sustancial, pues a ese fin es insuficiente la afirmación de que el gobierno local debe reservar que las elecciones a celebrarse en su territorio "estén sujetas a la mayor transparencia, en una situación igualitaria a los diversos partidos políticos y sin parcialidades que puedan comprometer la legitimidad de los mismos y la paz social, valores éstos que se desprenden de la propia Constitución Provincial". La generalidad de tal afirmación y la imposibilidad de diferenciar este interés del que podría invocar cualquier ciudadano de esa provincia a

través de una acción popular desconocida en el orden federal, obsta al reconocimiento de la legitimación que invoca la actora.

8°) Que esta Corte como cabeza del Poder Judicial de la Nación no puede soslayar –sin embargo– la gravedad de la situación denunciada, en tanto una provincia imputa a una autoridad nacional un proceder irregular nada más ni nada menos, que en la forma de designar a un juez federal con competencia electoral, en las proximidades de un proceso eleccionario.

Al "verdadero vacío fruto de la cantidad de vacantes existentes y la lentificación de los procesos de designación de los jueces" (acordada 7/2005, disidencia parcial del juez Fayt) y a los planteos de inconstitucionalidad del régimen de subrogancias que obligó a esta Corte a adoptar la citada acordada, se suma ahora un nuevo eslabón, consistente en la atribución de una actuación ilegal al Consejo de la Magistratura, formulada por una provincia.

Es por ello que corresponde aclarar que la presente decisión no importa en modo alguno excluir ni retacear la intervención del Poder Judicial de la Nación para conocer en eventuales planteos que postulen la inhabilidad del magistrado subrogante siempre que, como se ha señalado, la cuestión sea introducida por una parte legitimada en el ámbito de una causa judicial de naturaleza contenciosa cuya competencia corresponda al citado magistrado (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27).

Por ello y oído el señor Procurador General de la Nación se declara que la presente causa es ajena a la competencia originaria de esta Corte. Notifíquese y archívese.

CARLOS S. FAYT.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 3° del voto de la mayoría.

4°) Que con arreglo a todo lo expresado cabe descartar que la provincia tenga en el pleito un interés de ese carácter que la transforme en parte substancial, pues la afirmación de que el gobierno local debe preservar que las elecciones a celebrarse en su territorio "...estén sujetas a la mayor transparencia, en una situación igualitaria a los diversos partidos políticos y sin parcialidades que puedan comprometer la legitimidad de los mismos y la paz social, valores estos que se desprenden de la propia Constitución Provincial" no es apta, por su generalidad y por no diferenciarse del interés que podría invocar cualquier ciudadano de esa provincia a través de una acción popular vedada en el orden federal, para procurar una declaración de certeza con respecto a la vigencia de la ley 19.108 y a la subsistencia de las incompatibilidades que dicho texto normativo prevé con respecto a los jueces federales con competencia electoral.

Lo señalado en el párrafo anterior implica desconocer la condición sustancial de parte del Estado provincial y, por lo tanto, que la cuestión haya sido introducida por un sujeto legitimado en el marco de una causa judicial de naturaleza contenciosa (arts. 116 de la Constitución, y 2° de la ley 27).

Por ello, oído el señor Procurador General, se rechaza la demanda. Notifíquese y archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

TEYMA ABENGOA S.A. v. PROVINCIA DE SALTA

PAGO.

El contenido de la nota del director general de Rentas dirigida al señor fiscal de Estado y la indubitable afirmación de la provincia acerca de la cancelación íntegra de la deuda, importan un reconocimiento de pago que tiene efecto liberatorio para la actora y que la ampara frente a un eventual reclamo posterior que aquélla pretendiera efectuarle, por quedar incorporado a su patrimonio como un derecho adquirido y tutelado por el principio constitucional de la propiedad.

CAUSA.

El poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una "controversia".

CORTE SUPREMA.

Para instar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 98/107, Teyma Abengoa S.A. promovió demanda contra la Provincia de Salta, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del decreto provincial 362/02 y decrete una prohibición de innovar que suspenda el trámite del cobro pretendido.

Cuestionó el citado acto en cuanto la obliga a abonar el impuesto a las actividades económicas y sus correspondientes intereses, sin respetar el procedimiento de negociaciones establecido en los Convenios entre la República Argentina y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, y el celebrado entre nuestro país y el Reino de España, de tenor similar –ratificados por leyes nros. 24.099 y 24.118– que, a la fecha de su dictado se encontraba en pleno trámite.

Expresó que es una sociedad anónima constituida y regida por las leyes de la República Argentina, inscripta en el Registro Público de Comercio desde el 23 de febrero de 1969 y que, en la actualidad, su capital accionario se encuentra compuesto por acciones que pertenecen a Asa Investment y a Abengoa S.A., registradas en la Confederación Suiza y en el Reino de España, respectivamente.

Señaló que en 1997 la empresa Termoandes S.A. llamó a licitación para el diseño, fabricación, suministro, construcción, montaje y puesta en marcha de una central termoeléctrica de ciclo combinado –Central Salta y Subestación Salta– a fin de generar electricidad con destino a los sistemas de nuestro país y de Chile. Con tal motivo, celebró contratos con varias firmas, entre las cuales se encontraba la actora. Agregó que tanto las partes como Termoandes cumplieron con las obligaciones previstas y entregaron la obra el 27 de marzo de 2000.

Relató que el 5 de diciembre de 2000, la Delegación Buenos Aires de la Dirección de Rentas de la Provincia realizó una determinación de oficio (resolución Nro. 676/01 del 18 de mayo de 2001) e intimó a todas las partes a pagar la suma de $ 13.820.700 en concepto de impuesto a las actividades económicas e intereses por los períodos 1997 y 1998 y dispuso la apertura de un sumario fiscal por la presunta comisión de las infracciones previstas en los arts. 38 y/o 39 del Código Fiscal de la Provincia de Salta.

Afirmó que el gobierno provincial desestimó todos los recursos que interpuso contra esa decisión. Sin perjuicio de ello y en forma paralela, el 19 de diciembre de 2002 se presentó ante la Procuración del Tesoro de la Nación a fin de iniciar el período de negociaciones amigables previsto en los Tratados Internacionales “Suizo Argentino” e “Hispano Argentino”

En tal sentido, explicó que los citados Convenios contienen prescripciones similares a efectos de resolver las controversias que pudieren surgir durante su vigencia, entre las partes contratantes. Así, prevén que, en principio, aquellas sean amigablemente dirimidas entre las partes en controversia y, si ello no fuera posible dentro del plazo de seis meses –contado desde la fecha de inicio del procedimiento–, será sometida, a petición de una de ellas, a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

Afirma que no obstante ello, sin tener en cuenta las negociaciones iniciadas y a pesar de haber sido debidamente anoticiado, el gobernador de la Provincia dictó, el 18 de marzo de 2002, el decreto 362, por medio del cual rechazó el recurso jerárquico interpuesto por Teyma Abengoa S.A. y liquidó la deuda en $ 11.156.217,80, al 28 de febrero de 2002.

Finalmente, aclaró que no se cuestiona en la demanda la procedencia del impuesto a las actividades económicas perseguido por la Provincia, puesto que, para dirimir dicha cuestión, es que agotó las instancias administrativas correspondientes e inició el procedimiento de negociaciones amigables en la Procuración del Tesoro de la Nación, siguiendo de esta manera las vías establecidas en los Tratados. Expresa que su presentación procura que el Estado provincial respete y cumpla el procedimiento de negociación ya iniciado y dispuesto en los instrumentos internacionales referidos, absteniéndose de iniciar cualquier tipo de acción ejecutiva o de otro tipo durante el plazo previsto para las amigables negociaciones.

– II –

De conformidad con lo dictaminado por este Ministerio Público, V.E. declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y, a la vez que corrió traslado de la demanda, hizo lugar a la medida cautelar solicitada (conf. fs. 111/115).

– III –

A fs. 186/191, se presentó la Provincia de Salta y solicitó que se declare abstracta la cuestión, por cuanto, mediante nota del 28 de agosto de 2002, el Director General de Rentas había informado al Fiscal de Estado que la deuda determinada en el expediente administrativo Nro. 22-246.518/02, en cuyo marco se dictó el decreto provincial 362/01, aquí impugnado, fue cancelada íntegramente por Siemens S.A.

En tal sentido, recordó que la citada empresa, junto con la actora, con Abengoa S.A. y con Siemens Aktiemgesellschaft, fueron declaradas responsables solidarias de la deuda fiscal determinada, en los términos del art. 16 del Código Fiscal (decreto ley 9/75, t.o. 1995) tal como consta en el art. 2 de la determinación de oficio obrante a fs. 230/233 del expediente administrativo Nro. 22-246.518/02.

Expresa que no existe, en consecuencia, interés económico o jurídico alguno susceptible de ser tutelado por el pronunciamiento a dictarse, ya que, al haberse satisfecho el crédito fiscal por cuya cancelación la actora había sido declarada solidariamente responsable, la Provincia de Salta dejó de revestir la calidad de acreedora y carece de cualquier acción y/o derecho contra la accionante por ese título.

– IV –

Ante todo, cabe recordar que V.E. ha señalado, reiteradamente, que sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes en el momento en que se dictan (Fallos: 311:787; 322:678; 324:3948, entre otros).

Sobre la base de tales premisas, estimo que no puede soslayarse la indubitable afirmación de la Provincia acerca de la íntegra cancelación de la deuda por el impuesto a las actividades económicas determinado en el expediente 22-246.518/02, ni el expreso reconocimiento que en idéntico sentido efectuara el Director General de Rentas en su nota del 28 de agosto de 2002, dirigida al Sr. Fiscal de Estado (conf. fs. 187).

Tales afirmaciones, como señaló V.E. *in re* S.368, L.XXXIV "Shell, Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción declarativa" (cons. 3°), sentencia del 15 de abril de 2004, poseen el valor de "un recibo de pago" por parte de la Provincia, que ampara a la actora frente a un eventual reclamo posterior que aquella pretendiera efectuarle, por quedar incorporado a su patrimonio como un derecho adquirido y tutelado por el principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad (Fallos: 180:16; 261:188).

En estas condiciones, es evidente que no subsiste en el *sub examine* una controversia definida, concreta, real y sustancial, que admita remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo. La actora, a la luz de los hechos relatados sólo busca una opinión que advierta cuál sería la nulidad que padecería el acto atacado, pero cuyo resultado no lo beneficia ni perjudica en el marco de este proceso (Fallos: 306:1125; 317:335, entre otros)

Al respecto, es doctrina de V.E. que el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio –la afectación de un interés jurídicamente protegido– de orden personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento judicial, recaudos que han de ser examinados con particular rigor cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado (Fallos: 321:1252).

No obsta a lo expuesto la eventual acción de regreso que pudiera intentar Siemens S.A., por la parte del impuesto abonado correspon-

diente a la actora. Sin perjuicio de la procedencia de dicho agravio para sustentar la competencia originaria de V.E., su planteo, en esta instancia, resulta conjetural e hipotético (Fallos: 303:447; 311:2518)

– V –

Opino, por tanto, que, al haber devenido abstracto el objeto de la acción entablada, corresponde declarar inoficioso todo pronunciamiento al respecto. Buenos Aires, 22 de septiembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Teyma Abengoa S.A. c/ Salta, Provincia de s/ inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) A fs. 98/107 Teyma Abengoa S.A. promueve demanda de inconstitucionalidad contra la Provincia de Salta. Manifiesta que es una sociedad anónima constituida y que se rige por las leyes de la República Argentina y que se encuentra inscripta en el Registro Público de Comercio desde el 23 de febrero de 1969. Indica que en la actualidad su capital accionario está compuesto por acciones que pertenecen a Asa Investment y a Abengoa S.A. Ambas firmas, constituidas en el extranjero –Confederación Suiza y Reino de España respectivamente–, fueron inscriptas en el Registro Público de Comercio de conformidad con la previsión contenida en el art. 123 de la ley de sociedades comerciales, que determina el cumplimiento de dicha exigencia para aquellas sociedades extranjeras que participen en entidades locales.

Señala que en 1997 la empresa Termoandes S.A. llamó a licitación para el diseño, fabricación, suministro, construcción, montaje y puesta en marcha de una central termoeléctrica de ciclo combinado –Central Salta y Subestación Salta– a fin de generar electricidad con destino a los sistemas de distribución de nuestro país y de Chile. Con

tal motivo celebró contratos con varias firmas, entre las cuales se hallaba la actora. Agrega que tanto ellas como Termoandes S.A. cumplieron con las obligaciones previstas y entregaron la obra el 27 de marzo de 2000. Indica que el 5 de diciembre de 2000 la Delegación Buenos Aires de la Dirección de Rentas de la Provincia de Salta realizó una determinación de oficio e intimó a todas las partes a pagar la suma de $ 13.820.700 en concepto de impuesto a las actividades económicas por el período 1997 a 2000, de acuerdo al art. 15 y concordantes del Código Fiscal de Salta.

La actora afirma que el gobierno provincial desestimó todos los recursos que interpuso contra esa decisión. Paralelamente, el 19 de diciembre de 2001, se presentó ante la Procuración del Tesoro de la Nación a fin de iniciar el período de negociaciones amigables previsto en los tratados internacionales para la promoción y la protección recíproca de inversiones, “Suizo-Argentino” e “Hispano-Argentino”, que fueron ratificados por el Congreso de la Nación mediante las leyes 24.099 y 24.118, respectivamente. Según sostiene, dichas disposiciones determinan que las diferencias que pudieran plantearse entre una “parte contratante” y un inversor de la otra “parte” deben ser solucionadas, en lo posible, en forma amigable entre las “partes en la controversia” dentro del plazo de seis meses (arts. 9° y 10 de los tratados citados).

Expresa que no obstante ello, el 18 de marzo de 2002 el gobernador de la Provincia de Salta dictó el decreto 362, por medio del cual rechazó el recurso jerárquico interpuesto por Teyma Abengoa S.A. y liquidó la deuda en un total de $ 11.156.217,80 al 28 de febrero de 2002.

En su mérito inicia esta demanda, cuyo objeto no es cuestionar la procedencia del impuesto a las actividades económicas, puesto que para dirimir esa cuestión agotó las instancias administrativas correspondientes y efectuó la presentación ante la Procuración del Tesoro, sino procurar que el Estado provincial respete y cumpla el procedimiento de negociación ya iniciado y dispuesto en los instrumentos internacionales referidos, absteniéndose de promover cualquier acción ejecutiva o de otro tipo durante el plazo previsto para las amigables negociaciones (ver fs. 98, punto II). Asimismo requiere que se declare la inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo local 362/02, por haber sido dictado –a su juicio– sin atender a aquel procedimiento, en violación a los arts. 16, 17, 18, 31, 75, 121 y 126 de la Constitu-

ción Nacional. Por ello solicita que se decrete en forma inmediata una prohibición de innovar a fin de que se ordene a la demandada suspender el trámite de cobro pretendido.

II) A fs. 111/113, el Tribunal resolvió que la causa es de su competencia originaria y ordenó la prohibición de no innovar requerida.

III) A fs. 186 se presenta la Provincia de Salta y solicita que se declare abstracta la cuestión sometida a la decisión del Tribunal.

Manifiesta que por nota de fecha 28 de agosto de 2002 dirigida al fiscal de Estado, el director general de Rentas informó que la deuda fiscal determinada en el expediente administrativo 22-246.518/00 había sido cancelada íntegramente por Siemens S.A. A tal fin adjunta copias certificadas de los respectivos comprobantes de pago.

Señala que las constancias acompañadas dan cuenta del pago total de la deuda que había motivado el dictado del decreto 362/02, impugnado en autos, y en consecuencia tanto la medida cautelar ordenada como la cuestión de fondo han devenido abstractas. Sobre esa base concluye que la Provincia de Salta carece de toda acción o derecho contra Teyma Abengoa S.A. toda vez que ha desaparecido el interés económico o jurídico susceptible de ser tutelado por el pronunciamiento a dictarse.

Deja en claro que las empresas Siemens S.A., Abengoa S.A. y Siemens Aktiengesellschaft fueron declaradas responsables solidarias de la deuda fiscal en los términos del art. 16 del Código Fiscal, tal como resulta de las constancias del expediente administrativo.

Al contestar la demanda en subsidio, como defensa de fondo aduce que la vigencia de los convenios bilaterales de promoción y protección recíprocas de inversiones no pueden privar a la Provincia de Salta de la facultad de aplicar el Código Fiscal y que además tales tratados no comprenden la materia impositiva. De manera que las gestiones promovidas por ante la Procuración del Tesoro de la Nación con invocación de ellos no podrían tener el efecto de inhibir el ejercicio de las potestades tributarias propias de la Provincia de Salta, máxime cuando a su entender la actora se había sometido voluntariamente al procedimiento administrativo que condujo al dictado del decreto 362/02 y convalidó luego, mediante la acción judicial que intentó en sede fede-

ral, la potestad del Poder Ejecutivo provincial para el dictado del acto por ella impugnado.

IV) Por su parte la actora, al contestar el traslado respecto del planteo de que se declare la cuestión abstracta, manifiesta no haber intervenido en la cancelación de la deuda fiscal ni prestado su conformidad con dicho pago, habida cuenta de que mantuvo los argumentos vertidos en la demanda declarativa de certeza incoada ante la justicia federal de Salta respecto a la improcedencia del impuesto pretendido. Deja constancia que la acción de Siemens S.A. no le ha reportado beneficio o utilidad alguna, ya que ésta reconoció unilateralmente la validez del impuesto exigido, extremo que Teyma Abengoa S.A. cuestiona judicialmente.

A su criterio, la cancelación de la deuda aludida a cargo de Siemens S.A. en nada torna abstracta la controversia debatida en autos, es decir, la violación por parte de un decreto provincial del tratado y de la Constitución Nacional. En consecuencia, desde su perspectiva, la cuestión *sub lite* todavía subsiste, y dado que el decreto impugnado no se encuentra aún derogado es que Siemens S.A. pudo subrogarse en el pago de una obligación proveniente de una norma que, a su juicio, es inconstitucional. Por ello solicita al Tribunal que así la declare y desconoce los comprobantes de pago que acompañó la Provincia de Salta (fs. 194/195).

Considerando:

1°) Que la pretensión de la actora en estos autos se dirige a obtener que se ordene a la Provincia de Salta que respete el período de amigables negociaciones dispuesto en los tratados internacionales suscritos por la República Argentina con el Reino de España y con la Confederación Suiza, y se abstenga de reclamarle el pago de impuesto a las actividades económicas. Además que se declare la inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo provincial 362/02, que le impone el pago de dicho impuesto, por haber sido dictado sin respetar aquel procedimiento de negociación, en violación, según aduce, a los arts. 16, 17, 18, 31 y 75 (inc. 22), 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Dos son por lo tanto las cuestiones que se plantean en estos autos: la primera se vincula al cumplimiento de un procedimiento de arreglo

amigable resultante de los tratados citados, la segunda se centra en la constitucionalidad del decreto 362/02 del Poder Ejecutivo local.

2°) Que con respecto a la primera cuestión corresponde señalar que el Tratado con el Reino de España en su art. X establece un procedimiento en el que las diferencias deben ser dirimidas amigablemente en el plazo de seis meses, y se ha previsto que intervengan en él "las partes en la controversia", en el caso, la sociedad actora Teyma Abengoa y la Provincia de Salta. Así, el art. X.2. dispone: "Si una controversia en el sentido del párrafo primero 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión".

Según las estipulaciones de ese tratado internacional, una vez concluido el período de negociación amistosa, el inversor debe, conforme a un procedimiento escalonado, transitar la jurisdicción local del Estado receptor de la inversión durante el plazo de dieciocho meses (confr. art. X, 3 a). Si las partes en la controversia no obtienen una resolución judicial en ese lapso, pueden someter la disputa a uno de los procedimientos de arbitraje previstos en el acuerdo. En este aspecto ambos instrumentos son similares, si bien el tratado celebrado con la Confederación Suiza contempla el mecanismo de solución amistosa, pero no establece un plazo para obtenerla (confr. art. 9, ley 24.099, y art. X, ley 24.118).

3°) Que con posterioridad Siemens S.A., en su carácter de deudor solidario de la deuda impositiva determinada en el expediente administrativo 22-246.518/00 abonó el monto íntegro de ésta.

Cabe señalar en lo atinente a esta cuestión que las firmas Teyma Abengoa, Siemens S.A., Abengoa S.A. y Siemens Aktiengesellschaf habían sido declaradas solidariamente responsables de la deuda fiscal por la autoridad impositiva en los términos del art. 16 del Código Fiscal, que establece: "Cuando un mismo hecho imponible sea realizado por dos o más personas, todas se consideran contribuyentes por igual y serán solidariamente obligadas al pago del tributo por la totalidad del mismo, salvo el derecho del Fisco a evadir la obligación a cargo de cada una de ellas, y el de cada partícipe de repetir de los demás la cuota del tributo que les correspondiere".

El hecho imponible atribuible a una persona o entidad se imputará también a la persona o entidad con la cual aquélla tenga vinculación económica o jurídica, cuando de la naturaleza de esa vinculación surja que ambas personas o entidades constituyen una unidad o conjunto económico.

En este supuesto ambas personas o entidades serán contribuyentes codeudores solidarios del pago de la deuda tributaria (v. decreto-ley 9/75, t.o. decreto 1726/95).

4°) Que las aludidas empresas, que cuestionaron por la vía administrativa tal calificación a los efectos de la responsabilidad fiscal, habían ganado la licitación para la ejecución de la central Salta, la subestación Salta y el gasoducto y planta de gas, correspondientes al Proyecto Interandes. En su condición de "contratista" de esa obra se encuentran vinculadas por el principio de solidaridad resultante de los compromisos asumidos en el art. 29 de la oferta en firme CS-C0510 frente a Termoandes S.A. en los siguientes términos: "Abengoa S.A., Siemens Aktiengesellschaft, Siemens S.A. y Teyma Abengoa S.A. se constituyen recíprocamente por el presente instrumento en fiadores y codeudoras solidarias del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones de la presente Oferta en Firme comprensivas de la totalidad de la Obra en su conjunto, para con Termoandes S.A." (confr. prueba documental, expediente 1-1.476/02, "Teyma Abengoa S.A. c/ Provincia de Salta, por acción meramente declarativa", Juzgado Federal de Primera Instancia de Salta, Anexo 1, Términos y Condiciones de la Oferta en Firme, fs. 44/88).

5°) Que al haber sido satisfecho el impuesto a las actividades económicas en su totalidad por Siemens S.A., en su carácter de responsable solidario de la deuda impaga, no existe al presente una pretensión fiscal exigible por parte de la Provincia de Salta a las mencionadas empresas por tal concepto. Ello es así por cuanto el contenido de la nota del director general de Rentas dirigida al señor fiscal de Estado, el 28 de agosto de 2002 (fs. 141) y la indubitable afirmación de la provincia acerca de la cancelación íntegra de aquella deuda vertida en el escrito de fs. 186, importan un reconocimiento de pago que tiene efecto liberatorio para la actora y que la ampara frente a un eventual reclamo posterior que aquélla pretendiera efectuarle, por quedar incorporado a su patrimonio como un derecho adquirido y tutelado por el principio constitucional de la propiedad (Fallos: 180:16; 258:208 y sus citas; 261:188; 327:1034).

6°) Que en estas condiciones es evidente que no subsiste en el *sub examine* una disputa actual y concreta entre las partes que configure "un caso" susceptible de ser sometido a los jueces, ya que el poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una "controversia" (Fallos: 308:1087; 311:787).

En ese sentido debe recordarse que para instar el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse (Fallos: 312:995).

7°) Que con arreglo a la doctrina de estos precedentes a igual conclusión cabe llegar respecto a la segunda cuestión referente a la impugnación del decreto 362/02. En efecto, al producirse el pago del impuesto objeto del referido decreto, la discusión acerca de su constitucionalidad se torna abstracta en el marco de este proceso. Resulta así relevante el modo en que aquel planteo ha sido efectuado en la demanda ya que la actora declaró explícitamente que no cuestionaba la procedencia del impuesto a las actividades económicas, sino que se agraviaba únicamente porque el acto administrativo que ordenaba pagarlo había sido dictado por el Poder Ejecutivo provincial durante el período de negociación amistosa previsto en los tratados *supra* aludidos, sin respetar ese proceso (fs. 98, punto II "Objeto"). Ello importa ceñir el cuestionamiento de la actora a la validez temporal de la norma individual. Pero conforme a lo que establece el art. X.2. del Tratado con el Reino de España, el plazo para alcanzar un arreglo amistoso en el *sub examine* expiró el 19 de junio de 2002, por lo tanto el agravio con el alcance indicado ha perdido virtualidad en el contexto en que fue formulado.

8°) Que por último, no empece a lo expuesto la eventual acción de regreso que pudiera intentar Siemens S.A. por la parte del impuesto abonado correspondiente a la actora. Sin perjuicio de la improcedencia de dicho agravio para sustentar la competencia originaria del Tribunal, su planteo en esta instancia resulta, tal como se afirma en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante (ver fs. 224 vta.), conjetural e hipotético (Fallos: 303:447; 311:2518; 327:1034).

Por ello, y de acuerdo a lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve declarar abstracta la cuestión debatida

en estos autos. Costas por su orden habida cuenta que la actora pudo razonablemente creerse con derecho a sostener su posición (art. 68 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión al señor Procurador General y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Nombre del actor: **Teyma Abengoa S.A.**; letrado apoderado Dr. **Francisco José Fornieles** y letrado patrocinante Dr. **Eduardo Aguilar**.
Nombre del demandado: **Provincia de Salta**, letrados apoderados, Dres. **Edgardo César Martinelli y Jorge Coraita**.
Ministerio Público: Dr. **Ricardo O. Bausset**.

RICARDO JUAN MURO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas excluidas de la competencia federal.

Si de los elementos de juicio incorporados no se advierte la configuración de alguno de los supuestos de excepción contemplados en el art. 1° de la ley 24.051, corresponde declarar la competencia de la justicia local para conocer en la causa iniciada a raíz de la afectación de la salud de niños y trabajadores de una institución como consecuencia de la densa humareda originada en una protesta e incendio de neumáticos de automotores frente al acceso de la misma, sin perjuicio de lo que resulte de la investigación ulterior.
–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 suscitada entre los titulares del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2,

y del Juzgado de Garantías N° 3, ambos de Morón, Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa donde se investiga la denuncia formulada por Ricardo Juan Muro, en su carácter de representante legal de la "Fundación Felices Los Niños", ubicada en la localidad de Hurlingham.

Relató allí, que un grupo de personas realizaron una protesta frente a la puerta de acceso de esa institución e incendiaron aproximadamente, cincuenta neumáticos de automotores. Sostuvo, que ello provocó una densa humareda de color negro que ingresó al interior de la entidad y afectó la salud de los niños y trabajadores que se encontraban en el lugar, como consecuencia del efecto producido por la combustión del caucho (fs. 7/11).

El magistrado federal luego de encuadrar el hecho a investigar en las previsiones de la ley 24.051, se inhibió para seguir conociendo en el caso con fundamento en que tal suceso carecería de suficiente entidad para afectar el ambiente más allá del territorio de la provincia (fs. 15/16).

El magistrado local, a su turno, rechazó la competencia atribuida por considerarla prematura. En tal sentido, argumentó que la declinatoria carece de un informe pericial que permita encuadrar el caso dentro de los presupuestos establecidos por el artículo 1° de la ley 24.051.

En consecuencia, devolvió las actuaciones al juzgado de origen, cuyo titular insistió en su postura y tuvo por trabada la contienda (fs. 23).

Toda vez que de los elementos de juicio incorporados al incidente no se advierte, hasta el presente, la configuración de alguno de los supuestos de excepción contemplados en el artículo 1° de la ley 24.051, que habilitan su aplicación, opino que, de acuerdo a la doctrina del Tribunal en Fallos: 325:269, corresponde declarar la competencia de la justicia local para conocer en la causa (Competencia N° 368, XL, *in re* "Escobar, Adrián Hernando s/ av. pta. inf. ley 24.051", resuelta el 29 de junio de 2004), sin perjuicio de lo que resulte de la investigación ulterior. Buenos Aires, 15 de marzo de 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

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 Morón, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 con asiento en la localidad mencionada.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

DANIEL MUSCHITIELLO v. YOLANDA MARCONI

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Compraventa.

Si la escrituración que se pretende se sustenta en un boleto de compraventa celebrado entre particulares, en el que, además, se ha demandado al Banco Hipotecario Nacional –hoy Banco Hipotecario S.A., conforme art. 16 de la ley 24.855, ente también de carácter privado–, tal situación determina con influencia decisiva enmarcar el objeto del reclamo en el ámbito del derecho civil –común–.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Vienen estos autos en vista en razón del conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comer-

cial N° 11 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, y el Juzgado Federal N° 1 de San Martín, ambos con jurisdicción en la Provincia de Buenos Aires.

El Juez provincial dispuso la remisión de la causa a la justicia de excepción con fundamento en que el Banco Hipotecario Nacional reviste calidad de codemandado en el presente proceso (fs. 97/98). Empero, éste último magistrado, resistió a la radicación del juicio, señalando, por un lado, que la relación jurídica que vincula a las partes es en un contrato entre particulares; y por el otro, que en dicho instrumento las partes han prorrogado expresamente la jurisdicción a favor de los Tribunales Ordinarios de Lomas de Zamora (fs. 108 y vta.).

– II –

En atención a la distinta jurisdicción, local y federal, a la que pertenecen los órganos en conflicto y al no existir un tribunal superior común a ambos, corresponde resolver a V.E. la contienda que se suscita conforme a lo dispuesto en el art. 24 inciso 7° del decreto ley 1285/58, texto según ley 21.708.

V. E. tiene reiteradamente dicho que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y, en la medida que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de su pretensión (v. doctrina de Fallos: 308:229; 1239 y 318:298, entre muchos otros).

Conforme surge del escrito de demanda, los actores – Daniel Máximo Muschitiello y Graciela C. Marrone –inician acción sumaria por escrituración y subsidiariamente indemnización de daños y perjuicios contra Yolanda Marconi, Gustavo Horberto Daiqui, Estaban Luis Daiqui y Mara Daiqui y contra el Banco Hipotecario Nacional, reclamando la titularidad de un bien inmueble sito en la localidad de Ciudad Evita, Partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires. Funda su pretensión en los artículos 505 inciso 2°, 630, 1185, 1187, 1198 del Código Civil y 510 y concordantes del Código de Rito Local.

En tales condiciones, desde que la escrituración que pretenden los accionantes, se sustenta en un boleto de compra venta celebrado entre particulares, en el que, además, se ha demandado al Banco Hipo-

tecario Nacional –hoy Banco Hipotecario S.A., conforme art. 16 de la ley 24.855–, ente también de carácter privado, –Ver doctrina de V.E. en los autos: "Banco Hipotecario c/ Fernández Monica p/ ejecución", S.C.Comp. N° 1057, L. XXXVI, sentencia del 14 de noviembre de 2000–, tal situación determina con influencia decisiva enmarcar el objeto del reclamo en el ámbito del derecho civil –común–.

En virtud de lo expuesto, dentro del limitado marco cognoscitivo en el que se deben resolver las cuestiones de competencia, considerando la prórroga de jurisdicción convenida entre las partes en el instrumento obrante a fs. 12 vta. –cláusula séptima– a favor a la justicia ordinaria local, y al no encontrarse comprometida cuestión alguna de orden público, opino que corresponde que siga entendiendo en la causa la Justicia ordinaria Provincial. Buenos Aires, 23 de febrero de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de junio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires, al que se remitirán. Hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 con asiento en la ciudad de San Martín.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti.

FINEXCOR S.A. v. MINISTERIO DE ECONOMIA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se encuentra en discusión el alcance e interpretación de las normas que regulan el régimen de la "Cuota Hilton", de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Si el *a quo* circunscribió la admisibilidad de la vía elegida a los planteos vinculados con la validez de las resoluciones impugnadas, pero lo denegó en lo referente a la tacha de arbitrariedad y la apelante no dedujo queja al respecto, la competencia del Tribunal sólo ha quedado abierta en la medida señalada.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CARNES.

La resolución 160/90 de la ex Junta Nacional de Carnes que –en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 21.740– fijó los parámetros para la distribución del cupo de la "Cuota Hilton" tiene carácter reglamentario y sólo el dictado del acto administrativo particular definió el derecho de la actora, la cual para los años siguientes sólo tenía la expectativa de participar en el sistema y acceder a una nueva cuota, siempre que cumpliera los requisitos de la resolución general.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CARNES.

El cambio de los requisitos para acceder a una porción de la "Cuota Hilton" que introdujeron las resoluciones 220/92 y 1210/92 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, con respecto a las definidas por la ex Junta Nacional de Carnes, pudo ser válidamente adoptado por la Administración, sin que ese proceder signifique alteración de derechos adquiridos, pues nadie los tiene al mantenimiento de leyes o reglamentos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Aun cuando efectivamente el art. 11 de la ley 19.549 establece distintos medios para que los actos administrativos y los reglamentos adquirieran eficacia (notifi-

cación y publicación, respectivamente), las deficiencias en que aquélla incurra en el modo de dar a conocer el acto a sus destinatarios aunque generen consecuencias jurídicas no modifica su naturaleza. En concreto, el reglamento no dejará de serlo porque la Administración incumpla con la obligación de publicarlo para que adquiera eficacia.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

El trámite otorgado al proceso de impugnación no puede modificar el carácter reglamentario de la resolución 160/90, pues la Administración siguió el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación en cuanto a que la impugnación de actos de alcance general podía realizarse mediante recursos o reclamos y, asimismo, siempre le otorgó naturaleza normativa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 799/804, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II), al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda que promovió Finexcor S.A. a fin de obtener que se declare la nulidad de las resoluciones 220/92 y 1210/92 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca. La primera derogó la resolución 160/90 de la ex Junta Nacional de Carnes y estableció la formula distributiva de los cupos de la “Cuota Hilton” para 1992 y la segunda modificó esas pautas a partir del 17 de diciembre de ese año.

Para así decidir, en síntesis, consideró que la resolución 160/90 era un reglamento y no un acto administrativo de alcance particular, ya que diseñó una fórmula distributiva con independencia de quienes sean los frigoríficos habilitados para solicitar un cupo en la distribución de la “Cuota Hilton” y, más allá de la forma en que se conoció (por notificación, ya que no fue publicada), se trata de un típico acto normativo que regula en abstracto una situación impersonal y objetiva.

Así, dado su naturaleza reglamentaria, su vigencia se mantiene hasta que una ley o un reglamento posterior lo derogue –tal como sucedió en el caso–, ya que carece de estabilidad, a diferencia de los actos individuales, y no existen derechos adquiridos a la inamovilidad reglamentaria.

También descartó que los actos impugnados hubieran afectado derechos adquiridos de la actora, porque sólo modificaron los parámetros de distribución para el futuro y, al momento de dictarse las resoluciones 220/92 y 1210/92, todavía no se habían asignado los cupos para 1992. Por ello, dijo, la naturaleza anual de la cuota –tal como lo reconoció Finexcor S.A.– impide que la distribución exceda del año en cuestión, extremo que confirma que no se vulneraron los derechos que invocó.

– II –

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 809/845, que fue concedido solo en cuanto se cuestiona la interpretación de normas federales (v. fs. 872), sin que se haya presentado queja al respecto.

Sus agravios pueden resumirse del siguiente modo: (i) la sentencia adolece de excesivo rigor formal, pues ha tejido una argumentación jurídica que encubre la realidad objetiva de los hechos. Ello es así, porque el régimen de la “Cuota Hilton”, aun cuando regulado por el Estado, es un factor económico que repercute en el giro comercial de las empresas, ya que éstas se organizan y desarrollan sus proyectos a partir de aquél; (ii) el *a quo* ignora el funcionamiento del régimen en cuestión y que la distribución de los cupos entre los operadores habilitados genera derechos adquiridos. Esto es lo que sucedió con la resolución 160/90 –que incluyó una distribución trienal, por el período 1991/1993–, que determinó el derecho de cada uno de los operadores a recibir una porción de la cuota global (traducida en toneladas de exportación), aspecto que fue desconocido por la sentencia; (iii) contrariamente a lo resuelto, la resolución 160/90 no es un reglamento, sino un acto administrativo de alcance individual, pues carece de la generalidad que le atribuyó la sentencia, ya que la Administración notificó de su contenido a todos los frigoríficos exportadores y tramitó como recurso jerárquico las impugnaciones que se dedujeron contra aquélla. Tampoco puede ser ubicado en esa categoría, de acuerdo con lo

que disponen tanto la Ley de Procedimientos Administrativos como su decreto reglamentario, según intenta demostrarlo por medio de las diferencias que señala (v. fs. 822 vta./824 vta.); (iv) la doctrina de V.E. que utiliza el *a quo* para sustentar su posición no es aplicable al *sub lite*; (v) el fallo desconoce su derecho de propiedad.

Por último, en subsidio critica los argumentos de la sentencia de primera instancia que no fueron tratados por la Cámara y se queja por la imposición de costas y la regulación de honorarios, a las que califica de irrazonables.

– III –

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, pues se encuentra en discusión el alcance e interpretación de las normas que regulan el régimen de la "Cuota Hilton", de carácter federal (cfr. Fallos: 321:190) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

No obstante lo expuesto, toda vez que el *a quo* circunscribió la admisibilidad de la vía elegida a los planteos vinculados con la validez de las resoluciones impugnadas, pero lo denegó en lo referente a la tacha de arbitrariedad y la apelante no dedujo queja al respecto, entiendo que la competencia del Tribunal sólo ha quedado abierta en la medida señalada (Fallos: 322:2559; 323:385; 324:1721).

– IV –

En tales condiciones, el *thema decidendum* se limita a determinar si la resolución 160/90 de la ex Junta Nacional de Carnes, que distribuyó el cupo de la "Cuota Hilton" para el período 1991/1993 es un acto administrativo de alcance individual que generó derechos subjetivos a la actora, o si, por el contrario, tiene naturaleza reglamentaria y pudo ser derogada válidamente por las resoluciones 220/92 y 1210/92 de la SAGPyA, que establecieron nuevos parámetros de distribución para el futuro.

Mediante aquel acto, la ex Junta Nacional de Carnes, en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 21.740 para regular la comercialización de carnes y subproductos ganaderos, así como para esta-

blecer las normas de calidad y especificaciones técnicas a las que debía someterse su exportación (art. 13, incs. i y j), definió una fórmula distributiva de los cupos de la "Cuota Hilton" entre las empresas habilitadas por la Comunidad Económica Europea para 1991, 1992 y 1993 (v. copia certificada obrante a fs. 173/175).

A tal fin, fijó los parámetros para distribuir el cupo tarifario de cortes enfriados de alta calidad asignado anualmente al país –así como cualquier otro adicional que pudiera recibir en ese período–, que comprendían, entre distintas proporciones, la participación relativa de cada empresa en el valor FOB de las exportaciones de cortes vacunos sin hueso, enfriados y congelados a todo destino, con algunas exclusiones; la participación relativa de cada empresa en el tonelaje expresado en peso bruto de las exportaciones de cortes enfriados, congelados y al vacío. En todos estos casos se tomaba en cuenta la perfomance de los últimos tres años. También se tomaba en consideración para fijar la cuota, la ubicación geográfica de las plantas frigoríficas para favorecer a las distintas regiones (art. 1°). Asimismo, estableció que los nuevos frigoríficos que se habiliten recibirían una cuota de 100 toneladas para el ciclo I y 40 toneladas para el ciclo II, valores que se ajustarían en proporción a los meses que restasen para terminar el año y aclaró que, dado que carecía de reservas, el tonelaje que correspondiera a las nuevas habilitaciones se deduciría automáticamente del conjunto de las empresas en relación con su participación porcentual (art. 2°).

Por último, en aquello que estimo relevante para dilucidar el conflicto de autos, la ex Junta Nacional de Carnes definió los distintos "cortes especiales" que participarían del régimen (art. 5°) y, en una suerte de penalidad para las empresas que no exportaran el cupo asignado antes de la fecha que fijó, dispuso que el remanente sería redistribuido entre las restantes, en proporción con sus alícuotas (art. 6°), así como que aquéllas debían devolver los tonelajes embarcados en exceso durante 1990 con respecto al que les correspondía en 1991 (art. 7°).

Según mi punto de vista, coincidentemente con lo resuelto por el *a quo*, dicho acto tiene carácter reglamentario. Así lo estimo, toda vez que establece los requisitos que deben cumplir las empresas que aspiren a exportar sus productos dentro del régimen de cortes especiales asignado al país por la Comunidad Económica Europea y regula el procedimiento para distribuir el cupo tarifario.

En efecto, de su lectura se desprende que los interesados en participar en dicho régimen debían satisfacer ciertas condiciones y que la determinación del número de toneladas que le correspondía para cada año del período se fijaba por acto expreso y esto fue lo que sucedió en el caso de la actora, toda vez que recién con el dictado de la resolución 40/01 la autoridad administrativa le atribuyó una cantidad cierta de toneladas para exportar en 1991 (v. copia de fs. 38/40).

Así, en mi concepto, el último constituye un acto administrativo particular de aplicación de otro anterior de alcance general, que definió el derecho de la actora para exportar una determinada cantidad de productos cárnicos dentro del régimen en cuestión durante aquel año. Sin embargo, para los años siguientes aquélla sólo tenía la expectativa de participar en el sistema y acceder a una nueva cuota, siempre y cuando cumpliera los requisitos generales fijados en la resolución indicada.

Ahora bien, dado que la Administración puede alterar las condiciones previstas normativamente mediante el dictado de otro acto de similar naturaleza y jerarquía –circunstancia que efectivamente sucedió con las resoluciones 220/92 y 1210/92 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca–, para obtener una nueva cantidad de toneladas para exportar, la actora debe satisfacer los requerimientos que ahora se establecen, sin que ello produzca, per se, una violación en sus derechos o dé lugar a cuestión constitucional alguna, ya que es bien sabido y está fuera de discusión la facultad de los órganos administrativos de derogar una norma anterior por otra posterior de igual jerarquía. Máxime, cuando aquélla no fue apartada del sistema sino que solo varió su participación debido a las nuevas condiciones fijadas.

En síntesis, siempre según mi modo de ver, el cambio de los requisitos para acceder a una porción de la “Cuota Hilton” que introdujeron las resoluciones aquí cuestionadas con respecto a las definidas por la ex Junta Nacional de Carnes, pudo ser válidamente adoptado por la Administración, sin que, en el caso, ese proceder signifique alteración de derechos adquiridos, pues nadie los tiene al mantenimiento de leyes o reglamentos (doctrina de Fallos: 310:2845; 311:1213; 323:3412, entre muchos otros).

Por otra parte, considero que tampoco pueden prosperar los argumentos de la apelante tendientes a demostrar el carácter individual

de la tantas veces mencionada resolución 160/90 fundados en que fue notificada y en el reconocimiento implícito que –a su entender– efectuó la Administración, por el trámite que le asignó a la impugnación administrativa de los actos aquí cuestionados. El primero, porque aun cuando efectivamente el art. 11 de la ley 19.549 establece distintos medios para que los actos administrativos y los reglamentos adquirieran eficacia (notificación y publicación, respectivamente), las deficiencias en que aquélla incurra en el modo de dar a conocer el acto a sus destinatarios aunque generen consecuencias jurídicas no modifica su naturaleza. En concreto, el reglamento no dejará de serlo porque la Administración incumpla con la obligación de publicarlo para que adquiera eficacia.

Respecto de la segunda cuestión, cabe advertir que el trámite otorgado al proceso de impugnación de los actos atacados tampoco puede modificar el carácter reglamentario de la resolución 160/90, por un doble orden de razones. Por un lado, porque la Administración, al examinar la admisibilidad formal del recurso interpuesto por la actora contra la resolución 1210/92, señaló que seguía el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación en cuanto a que la impugnación de actos de alcance general podía realizarse mediante recursos o reclamos (cfr. resolución 392/93, cuya copia certificada obra a fs. 184/188), mientras que, por el otro, aquélla nunca le reconoció carácter individual a la resolución 160/90, ya que siempre le otorgó naturaleza normativa (cfr. considerandos de la resolución citada).

– V –

Por lo expuesto, considero que corresponde confirmar la sentencia de fs. 799/804 en todo cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 19 de mayo de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Finexcor S.A. c/ Estado Nacional (M° de Economía) s/ juicios de conocimientos”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por **Finexcor S.A.,** representado por el Dr. **Sebastián Grudny.**
Traslado contestado por **el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos),** representado por la Dra. **María Teresa Cassanese.**
Traslado contestado por **Miguel Angel Espiño,** patrocinado por el Dr. **Eduardo H. Acevedo Díaz.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 8.**

METROGAS S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

Si bien en la tarea de establecer la inteligencia de los preceptos de carácter federal la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, corresponde declarar inadmisible el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que confirmó la resolución que ordenó a la distribuidora de gas a corregir el método de cálculo de las facturas bimestrales emitidas a los usuarios, si la solución está condicionada a la previa dilucidación de cuestiones de orden fáctico que no fueron oportunamente articuladas ni acreditadas en la causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Relación directa. Concepto.

En tanto la correcta interpretación de los preceptos reglamentarios en cuestión –decretos 2255/92 y 2459/92 y resolución 577/97 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos– depende de aspectos de hecho que no fueron oportunamente articulados ni acreditados, lo atinente al sentido y alcance de dichos preceptos planteado en el recurso extraordinario carece de relación directa e inmediata con la decisión que, ante la falta de articulación de los pertinentes agravios, se limitó a resolver el punto en consonancia con el sentido literal de reglamentación y el principio de la interpretación más favorable a los usuarios (art. 15, ley 48).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se discute la inteligencia del marco regulatorio de la industria del gas, de carácter federal (en especial, las reglas básicas de la licencia, aprobadas por el decreto 2255/92 y el decreto 2459/92, que otorgó la licencia de la actora y aprobó el cuadro tarifario inicial del servicio) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48) (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

GAS.

Las distintas tarifas del gas consumido deben aplicarse con independencia de si la facturación es mensual o bimestral, sin admitir diferencias derivadas de esta circunstancia, pues no deben confundirse el período de facturación con el precio del gas consumido (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

GAS.

Ni las normas que rigen la licencia de distribución de gas, ni el marco regulatorio de la actividad en general, establecen correlaciones entre el período de facturación y el precio del gas, sino que tales cuestiones juegan de modo independiente. Por principio general, las facturas se emiten cada dos meses, aunque la distribuidora puede hacerlo mensualmente cuando se verifiquen ciertos requisitos, sin embargo, el ejercicio de tal facultad no puede modificar el precio de gas para el resto de los clientes de la misma categoría (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

CONCESION.

El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, y la regla más segura en materia de interpretación de concesiones es la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por implicancia clara, ya que no existen derecho implícitos en la concesión en beneficio del concesionario, la afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para su derecho (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) desestimó el recurso del art. 70 de la ley 24.076 que interpuso Metrogas S.A. contra la orden regulatoria del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) del 6 de octubre de 1995 y contra la resolución 577/97 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos que rechazó el recurso de alzada que dedujo contra aquélla. En consecuencia, confirmó la decisión del ENARGAS que ordenó a la actora que aplique inmediatamente los cuadros tarifarios vigentes a los usuarios de la categoría servicio general (“P”), refacture todos sus consumos de acuerdo a tales parámetros y acredite las sumas facturadas en exceso, con más los intereses correspondientes, por considerar que efectuó una interpretación errónea del decreto 2459/92 y sus normas complementarias, que perjudicó a los usuarios de esa categoría con consumos superiores a 1.000 m3 (v. sentencia del 31 de marzo de 1999, obrante a fs. 250/253 de la numeración que se reitera por el error de foliatura que se incurre a partir de fs. 256. A fs. 289, se aclara que la sentencia fue dictada el 31 de marzo de 2000).

Para así decidir, sus integrantes consideraron que la decisión del 6 de octubre de 1995 del ENARGAS constituía un acto administrativo particular, dictado en ejercicio de las facultades de control que el ordenamiento le confiere al ente regulador y no un acto reinterpretativo del marco regulatorio, tal como sostenía la actora.

Desde esta perspectiva, después de examinar las normas relativas a esta categoría de usuarios, así como las correspondientes a la medición y facturación del servicio, concluyeron que la conducta de la actora se apartó de aquéllas, porque todos los conceptos que deben abonar los usuarios del servicio general "P" deben ser tomados *por factura* y no por mes, como pretende la empresa distribuidora de gas.

Asimismo, desestimaron las manifestaciones de Metrogas S.A. tendientes a justificar su comportamiento por el contenido de las notas 221/92 y 246/92, emitidas por el Subsecretario de Combustibles durante el proceso de privatización de Gas del Estado, porque la ley 24.076 dispone que las habilitaciones para operar como distribuidoras de gas incluirán un cuadro tarifario que fijará las tarifas máximas que corresponden a cada tipo de servicio ofrecido (cfr. art. 40) y, en consecuencia, a partir del dictado del decreto 2549/92, la actora debió ajustar su conducta a las disposiciones de su anexo III.

Por último, debido a que Metrogas S.A. facturó de modo incorrecto los consumos de los usuarios del servicio general "P", consideró lógico que deba restituir las sumas que percibió de más por su culpa, con los intereses correspondientes.

– II –

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 264/278, que fue concedido sólo en cuanto se cuestiona la interpretación de normas federales (v. fs. 325), sin que haya presentado queja al respecto.

Sostiene, en esencia, que el *a quo* interpretó erróneamente tanto el anexo III del decreto 2459/92 como las notas 221/92 y 246/92 del Subsecretario de Combustibles, pues –en su concepto– la omisión en que incurre el mencionado anexo, al no señalar que los valores que consigna son mensuales, implica confirmar el criterio que surgía de las notas antes indicadas –que aplicaba la modalidad de facturación de Gas del Estado S.E.– y, por tal motivo, la orden regulatoria del 6 de octubre de 1995 del ENARGAS modificó retroactivamente la forma en que aquélla se venía realizando, con afectación de sus derechos adquiridos.

Ello es así –dice–, porque el decreto 2459/92, que aprobó las tarifas que figuran en su anexo III, facultó al Ministerio de Economía y

Obras y Servicios Públicos a "*...determinar la interpretación y alcance de los actos que se aprueban por el presente decreto*" (art. 7°) y, en aplicación de tal competencia, días después el Subsecretario de Combustibles remitió al Director Ejecutivo de la privatización de Gas del Estado la nota 246/92 con "*...los cuadros tarifarios que entrarán en vigencia con la privatización de la empresa*", entre los que figuraba la tarifa para el servicio general ("P") de gas natural por redes, donde se indicaba expresamente que los valores debían cobrarse calculados por metros cúbicos consumidos en un mes, más allá de cual fuera el período de facturación. En tales condiciones, afirma que las mencionadas notas interpretan en forma integrativa el cuadro tarifario, sin entrar en contradicción con el decreto 2459/92.

Por tales motivos, insiste en que el ENARGAS, al ordenarle refacturar, según el nuevo criterio, todos los consumos de los usuarios de esta categoría desde la toma de posesión, con intereses, viola su derecho de propiedad, porque implica proyectar hacia el pasado una modificación contractual.

– III –

El remedio extraordinario es formalmente admisible, pues en autos se discute la inteligencia del marco regulatorio de la industria del gas, de carácter federal (en especial, las reglas básicas de la licencia, aprobadas por el decreto 2255/92 y el decreto 2459/92, que otorgó la licencia de la actora y aprobó el cuadro tarifario inicial del servicio) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

– IV –

Sentado lo anterior, el *thema decidendum* consiste en determinar si las diferentes tarifas del servicio general ("P") deben ser aplicadas a los volúmenes consumidos mensualmente, sin perjuicio de que la facturación sea bimestral, tal como sostiene Metrogas S.A., o si, por el contrario, de acuerdo al criterio del ENARGAS –confirmado por el *a quo*–, aquéllas se aplican a cada factura, con independencia de que sea mensual o bimestral.

A tal fin, considero pertinente examinar las normas que regulan tal situación. El decreto 2255/92 aprobó el modelo de licencia de dis-

tribución de gas, con sus respectivos subanexos: las reglas básicas (I); el reglamento del servicio (II) y las tarifas (III) (art. 5°). A su turno, el Poder Ejecutivo Nacional otorgó a Distribuidora de Gas Metropolitana S.A. (actual Metrogas S.A.) una licencia para la prestación del servicio público de distribución de gas, que se rige por los mencionados subanexos del decreto 2255/92, que se incorporan como anexos al decreto 2459/92 (cfr. art. 1°).

En lo que ahora importa, el reglamento del servicio define al "servicio general 'P'" como aquel para usos no domésticos (excluyendo estaciones GNC y subdistribuidores) en donde el cliente no tendrá una cantidad contractual mínima y no es atendido bajo un contrato de servicio de gas (punto 2, inc. gg). Tanto la lectura de los medidores como las facturas por servicios de 150 m^3 por mes o menos se efectuarán bimestralmente, mientras que las que superen esa cantidad por mes podrán realizarse en forma mensual (cfr. punto 14, incs. g] e i]). Finalmente, se establece que por este servicio el cliente pagará a la distribuidora, según la tarifa correspondiente: a) el cargo fijo por factura; b) el cargo por metro cúbico de gas multiplicado por los metros cúbicos de consumo y c) los restantes cargos que resulten aplicables según lo establecido en las condiciones generales del reglamento (cfr. Condiciones especiales del servicio general "P", punto 5). En cuanto a las tarifas –tal como se indicó–, el anexo III del decreto 2459/92 aprobó el primer cuadro tarifario y, en lo que es relevante para el *sub lite*, estableció un cargo por metro cúbico de gas consumido decreciente a medida que aumentaba el consumo, en distintos rangos: de 0 a 1.000 m^3, de 1.001 a 9.000 m^3 y más de 9.000 m^3.

La recurrente sostiene que, a los clientes que factura en forma mensual, les cobra un precio por los primeros 1.000 m^3 y a partir de ese consumo uno menor, de acuerdo con las escalas aprobadas. En cambio, para los clientes que abonan el servicio cada dos meses, duplica aquella cantidad y recién a partir de los 2.000 m^3 les aplica el descuento previsto en el cargo por metro cúbico de gas consumido.

Por su parte, el ENARGAS, considera que las distintas tarifas del gas consumido deben aplicarse con independencia de si la facturación es mensual o bimestral, sin admitir diferencias derivadas de esta circunstancia.

En mi opinión –coincidentemente con lo resuelto por el *a quo*– ésta última es la interpretación correcta del marco regulatorio, pues

no deben confundirse el período de facturación con el precio del gas consumido.

En efecto, tanto la lectura de medidores como la facturación pueden ser bimestral o mensual, de acuerdo con el consumo mensual del cliente (v. punto 14, incs. g] e i] del reglamento del servicio, ya comentado *supra*), pero ello no incide en el precio del gas consumido, que se rige por otros parámetros, distintos de la forma de facturar y cobrar el servicio. Los diferentes precios establecidos para este último, teniendo en cuenta el mayor consumo, se deben aplicar según lo previsto en el cuadro tarifario, es decir, una vez superados los primeros 1.000 m^3, se debe facturar el precio fijado para el rango de consumo definido entre 1.001 y 9.000 m^3 y así sucesivamente.

Ni las normas que rigen la licencia de distribución de gas, ni el marco regulatorio de la actividad en general, establecen correlaciones entre el período de facturación y el precio del gas, tal como pretende la recurrente, sino que, por el contrario, tales cuestiones juegan de modo independiente. Una cosa es el precio de gas y otra bien distinta cómo y cuándo se abona. En tal sentido, no debe olvidarse que, por principio general, las facturas se emiten cada dos meses, aunque la distribuidora puede hacerlo mensualmente cuando se verifiquen ciertos requisitos. Sin embargo, siempre según mi punto de vista, el ejercicio de tal facultad –que es una decisión privativa de la empresa encargada de la distribución de gas, adoptada de acuerdo con criterios de conveniencia– no puede modificar el precio de gas para el resto de los clientes de la misma categoría. Ello desvirtúa, por otra parte, el supuesto agravio de Metrogas S.A. relativo a la desigualdad que provocaría la aplicación del criterio impuesto por el ENARGAS, pues, de producirse esta situación, sería por su propia conducta y estaría en sus manos revertirla.

– V –

Despejado este tema, resta por examinar si las notas 221/92 y 246/92 de la Subsecretaría de Combustibles, emitidas durante el proceso de privatización de Gas del Estado S.E., otorgan fundamento a la posición de la actora cuando sostiene que aquéllas configuran una interpretación integradora del marco regulatorio y, desde tal perspectiva, estaba habilitada a percibir del modo en que lo venía haciendo hasta que se dictó la orden regulatoria del 6 de octubre de 1995.

Considero que no le asiste razón al respecto, ni que la decisión del ENARGAS constituya una reinterpretación retroactiva del marco regulatorio, que afecte sus derechos adquiridos.

Así lo pienso, porque la primera de aquellas misivas es del 4 de diciembre de 1992, es decir, anterior tanto al decreto 2255/92 como al que le otorgó la licencia a la actual Metrogas S.A. (decreto 2459/92) (v. copia obrante a fs. 51 del expediente administrativo N° 1242/95 del registro del ENARGAS, agregado por cuerda a estas actuaciones), circunstancia que aventa toda duda en cuanto a cuál es el régimen jurídico aplicable al proceso de privatización, al que tenían que sujetarse todos los participantes.

En cuanto a la nota 246/92, si bien es posterior a los mencionados actos e incluye a la nota 221/92 (v. copia en fs. 6 del EXPMEYOSP N° 750-003068/96, agregado como fs. 168 del expediente citado en el párrafo anterior), cabe señalar que en ningún lugar autoriza a proceder del modo en que lo hizo la distribuidora. Antes bien, ahí se indica que, para el servicio general "P" la facturación será bimestral hasta los 150 m^3 mensuales y superados éstos, podrá ser mensual (punto 4.5.), mientras que en el cuadro tarifario (anexo III), se detallan los precios divididos en los tres rangos ya mencionados (v. fs. 13 y 47), pero de ello no se colige que cuando la empresa facture bimestralmente podrá duplicar los primeros 1.000 m^3.

Finalmente, estimo oportuno traer a colación –por su pertinencia al caso de autos– aquel ejemplar principio que señala que el derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, y que la regla más segura en materia de interpretación de concesiones es la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse por concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por implicancia clara (doctrina de Fallos: 155:12), ya que no existen derecho implícitos en la concesión en beneficio del concesionario, la afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para su derecho (Fallos: 316:382; 321:1784; 323:337, entre muchos otros).

– VI –

Por lo expuesto, considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible y que corresponde confirmar la sentencia en todo

cuanto fue materia de aquél. Buenos Aires, 18 de septiembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Metrogas S.A. c/ Resolución Regulatoria 6/10/95 –ENARGAS– expte. N° 1242/95".

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al rechazar el recurso directo previsto en el art. 70 de la ley 24.076, confirmó la resolución mediante la cual el Ente Nacional Regulador del Gas ordenó a la empresa distribuidora de gas corregir el método adoptado para calcular el importe de las facturas bimestrales emitidas a los usuarios de la categoría Servicio General (P), adaptar dichos importes al cuadro tarifario vigente, y restituir las cantidades indebidamente facturadas (aproximadamente 2.158.958 pesos), con intereses. Contra esta decisión la empresa distribuidora interpuso el recurso extraordinario parcialmente concedido a fs. 325/326 en cuanto se cuestionó la interpretación de normas de carácter federal.

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada sostuvo que la interesada había aplicado indebidamente los precios previstos en los cuadros tarifarios sucesivamente aprobados por el ente regulador.

Cabe aclarar que el art. 2° del Reglamento de Servicios dispone que, para los usuarios residenciales y los de la categoría Servicio General P cuyos consumos superen los 150 metros cúbicos mensuales, la empresa distribuidora puede optar entre facturarles el suministro mensual o bimestralmente. Por otra parte, los respectivos cuadros tarifarios aprobados a partir del decreto 2255 de 1992 y la resolución 5 de 1993 establecieron una escala de precios decrecientes en función del mayor volumen de gas consumido por los usuarios. Inicialmente dicha escala fue: consumos de hasta 1000 metros cúbicos– 0.127461 pesos; de 1001 a 9000 metros cúbicos– 0.118416 pesos; y mayores que

9000 metros cúbicos – 0.109370 pesos. Las mismas escalas de consumo se mantuvieron con posterioridad, sin perjuicio de la variación de dichos precios a 0.132653, 0.123410 y 0.114166 pesos por metro cúbico respectivamente (v. fs. 199, 201, 203, 207, 213, y 220 del expediente administrativo agregado).

En cuanto interesa, la cámara consideró que la práctica de la empresa distribuidora (según la cual, si se sigue el ejemplo propuesto por ambas partes, una factura bimestral en que se registrara un consumo de 5.000 metros cúbicos era dividida en dos consumos mensuales de 2.500 metros cúbicos, cuyos primeros 1.000 metros cúbicos eran facturados al precio de 0.127461 y los restantes 1.500 a 0.118416) incumplía los cuadros tarifarios oportunamente aprobados. En cambio, estimó correcta la objeción formulada por el ente regulador en la resolución impugnada relativa a que en una factura bimestral que registrara un consumo de 5.000 metros cúbicos, los primeros 1.000 metros cúbicos debían ser facturados a razón de 0.127461 pesos, y los 4.000 metros cúbicos restantes al precio bonificado de 0.118416, con la consiguiente ventaja para el usuario.

Además, descartó los agravios de la empresa distribuidora atinentes a que el método adoptado por ella se ajustaba a las directivas impartidas en sendas notas del 4 y 23 de diciembre de 1992, dirigidas por el Subsecretario de Combustible al Director Ejecutivo de la privatización de la empresa Gas del Estado. Tales notas manifestaban que, a partir de la transferencia de los servicios privatizados, las empresas licenciatarias debían aplicar los cuadros tarifarios anexos a ellas, en los cuales los precios habían sido fijados en función de idénticos volúmenes (de hasta 1.000 metros cúbicos, 1.001 a 9.000 metros cúbicos, o más que 9.000 metros cúbicos de gas) consumidos por mes (confr. copias de las notas y cuadros a fs. 25, 65, 43 y 73 del expediente principal). El tribunal de alzada sostuvo que lo expresado en tales notas carecía de efectos obligatorios frente a lo dispuesto en el anexo III del decreto 2459 del 21 de diciembre de 1992 (que había otorgado a la empresa distribuidora la licencia para prestar el servicio y fijado las condiciones de su prestación) y en las resoluciones tarifarias sucesivas, que habían fijado la escala de precios decrecientes considerando exclusivamente los volúmenes de consumo sin indicar período de tiempo alguno, es decir, sin relacionar (como lo habían hecho las notas del Subsecretario de Combustibles) los precios con la cantidad de metros cúbicos consumidos por mes, por bimestre, ni otro parámetro temporal.

La alzada sostuvo que ese decreto había dejado sin efecto las directivas impartidas por el Subsecretario de Combustibles en las notas indicadas, de manera tal que el cuadro tarifario debía ser aplicado de manera directa a cada factura bimestral sin dividir el consumo total registrado en ellas ni homogeneizar los precios con los de las facturas emitidas mensualmente.

3°) Que la empresa actora se agravia por considerar que en la resolución administrativa cuestionada el ente regulador varió retroactivamente la interpretación del cuadro tarifario, dándole a esta reglamentación una inteligencia distinta de la que había admitido hasta ese momento. Sostiene que la orden administrativa de aplicar el cuadro tarifario del modo ya explicado significó introducir una nueva modalidad de facturación, violentando los derechos adquiridos por su parte al amparo de la interpretación anterior, y destaca que por importar dicha interpretación una nueva reglamentación sobre el modo de facturar el suministro a los usuarios, el ente debió aplicarla exclusivamente hacia el futuro en vez de imputarle a su parte haber incumplido el cuadro tarifario en base a una inteligencia de la reglamentación preexistente.

Sobre el particular, señala que la cámara equivocó los alcances del decreto 2459 del 21 de diciembre de 1992 y el sentido con que se aplicaron los cuadros tarifarios sucesivos. Aclara que si bien ese decreto omitió especificar que la escala de precios contenida en su anexo III era de aplicación al consumo registrado durante períodos de un mes, en su art. 7° se facultó expresamente al Ministerio de Obras y Servicios Públicos a interpretar su contenido y el del cuadro tarifario anexo. En tal sentido dice que las notas del Subsecretario de Combustibles y los cuadros tarifarios adjuntos a ellas (en las que se especificaba que los distintos precios por volumen de gas consumido se correspondían con períodos mensuales) fueron puestas en conocimiento del consorcio de empresas que formó la sociedad adjudicataria de la licencia, y tuvieron el alcance de actos aclaratorios e integrativos del decreto citado. A ello agrega que la práctica de dividir el consumo registrado en la factura bimestral para homogeneizar los precios con los aplicados a las facturas mensuales era habitualmente seguida por la empresa Gas del Estado antes de la privatización.

Sin perjuicio de tales alegaciones, es del caso advertir que en el escrito de interposición del recurso extraordinario la recurrente no aduce lo que había explicado en el recurso directo en el sentido de que

la aplicación directa del cuadro tarifario, en el modo dispuesto por el ente regulador y convalidado por la cámara, conduce a establecer tarifas preferenciales pues los usuarios comprendidos en una misma categoría se benefician o se perjudican por la mera circunstancia de que la factura respectiva les sea emitida de forma mensual o bimestral (en otras palabras, el usuario que recibe dos facturas mensuales por 2.500 metros cúbicos de consumo paga una tarifa mayor que aquél que recibe una tarifa bimestral por 5000 metros cúbicos de consumo, aunque ambos consuman el mismo volumen de gas; confr. fs. 6/8 del expediente principal).

4°) Que si bien en la tarea de establecer la inteligencia de los preceptos de carácter federal la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 308:647; 312:417 y 2254, entre otros), en el caso la solución está condicionada a la previa dilucidación de cuestiones de orden fáctico que no fueron oportunamente articuladas ni acreditadas en la causa, tal como son los presupuestos de hecho concretamente tomados en cuenta por el ente regulador para estructurar el cuadro tarifario y determinar los precios diferenciales de acuerdo con los mayores volúmenes de consumo suministrados a los usuarios; vale decir, el monto de las inversiones y costos fijos y la tasa de amortización considerada; las modalidades y condiciones de pago a que estaba sujeta la distribuidora por la adquisición y el transporte del fluido hasta la red y, en particular, si los costos y beneficios marginales por cada volumen de gas adicionalmente suministrado por ella fueron estimados a razón de un mes, de un bimestre, o de un lapso superior. En otras palabras, de las constancias de la causa y de las alegaciones de las partes no resulta posible inferir qué lapsos fueron efectivamente considerados para conformar la base tarifaria y, aunque no cabe presumir que el ente regulador haya fijado los valores del suministro con total abstracción de la demanda verificada durante un período determinado, tampoco existen elementos de hecho que permitan asumir cuál fue el período concretamente adoptado para fijar las tarifas de acuerdo con los parámetros exigidos en el art. 37 y sgtes. de la ley 24.076.

Toda vez que, como se ha expresado, la correcta interpretación de los preceptos reglamentarios en cuestión depende de los aspectos de hecho indicados, la cuestión referente al sentido y alcance de dichos preceptos planteada en el recurso extraordinario carece de relación directa e inmediata con la decisión recaída en la causa que, ante la

falta de articulación de los pertinentes agravios, se limitó a resolver el punto en consonancia con el sentido literal de reglamentación y el principio de la interpretación más favorable a los usuarios (art. 15, ley 48).

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara inadmisible el recurso extraordinario de fs. 264/278 vta. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y remítase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por **Metrogas S.A.** actora en autos, representada por el Dr. **Claudio Norberto Velázquez** con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Carlos Cassagne.**
Traslado contestado por **el Ente Nacional Regulador del Gas,** representado por el **Dr. Alejandro Roberto Melo,** con el patrocinio letrado del Dr. **Osvaldo Felipe Pitrau.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV.**

ASOCIACION DE EX DETENIDOS DESAPARECIDOS Y LIGA ARGENTINA POR LOS DERECHOS DEL HOMBRE

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Tribunal superior.

Corresponde rechazar el recurso extraordinario si el tribunal que dictó la sentencia contra la que se dirige no es el tribunal superior, según el art. 14 de la ley 48.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Varias.

El recurso extraordinario no se dirige contra una sentencia definitiva (arts. 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055) en la medida que no se han agotado las instancias existentes en la jurisdicción para el examen y decisión de las cuestiones federales planteadas, pues se trata de un procedimiento respecto del cual el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación habilita el recurso por ante la Cámara Nacional de Casación Penal (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Asociación de ex Detenidos Desaparecidos y Liga Argentina por los Derechos del Hombre en la causa Incidente de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 –causa N° 4012–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el tribunal que dictó la sentencia contra la que se dirige el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presente queja, no es el tribunal superior, según el art. 14 de la ley 48.

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 Ban-

co de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

El recurso extraordinario no se dirige contra una sentencia definitiva (artículos 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055) en la medida que no se han agotado las instancias existentes en la jurisdicción para el examen y decisión de las cuestiones federales planteadas (Fallos: 283:145, considerandos 2° y 4°). En efecto, la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín está dirigida a poner fin al proceso penal o impedir su prosecución y, por tal motivo, se trata de un procedimiento respecto del cual el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación habilita el recurso por ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

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.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Asociación de ex Detenidos Desaparecidos y Liga Argentina por los Derechos del Hombre,** representada por los Dres. **Alicia Palmero y Rodolfo N. Yanzón, respectivamente.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de San Martín.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de San Martín N° 2.**

MARIA CONCEPCION MONTENEGRO v. PROVINCIA DEL NEUQUEN

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar además 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.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

Quedan excluidos de la competencia originaria de la Corte aquellos procesos que se rigen por el derecho público local, toda vez que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales requiere que sean los jueces locales los que intervengan en las causas en que se ventilen cuestiones de esa naturaleza, sin perjuicio de que las de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado en el art. 14 de la ley 48.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Si bien para dilucidar las cuestiones de competencia es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos de la demanda –art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, también se torna imprescindible examinar el origen de la acción, así como la relación de derecho existente entre las partes.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

No es causa civil aquélla en la que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de ese carácter, tiende al examen y revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

Es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la cuestión que se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la aplicación e interpretación de normas de derecho público local, como son aquéllas que reglamentan las relaciones jurídicas derivadas del empleo público y a las que, en principio, no le son aplicables las disposiciones del derecho del trabajo o del derecho civil, sino sólo supletoriamente respecto de las situaciones no previstas en esas disposiciones.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

El art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

María Concepción Montenegro, quien denuncia tener su domicilio en la Provincia de Corrientes, en su carácter de ex-Directora Titular de la Escuela N° 2 “Conrado Villegas” de la ciudad de Neuquén, interpone demanda, con fundamento en los arts. 1068, 1069, 1071, siguientes y concordantes del Código Civil, contra la Provincia del Neuquén, a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, a raíz –según dice– de la arbitraria e inconstitucional cesantía que le aplicó el Consejo Provincial de Educación a través de la resolución 1591/98 y que fue luego ratificada por el decreto 19/99 del Gobernador de la Provincia.

A fs. 102, 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. 1°, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar además 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 y sus citas).

Por lo tanto, quedan excluidos de dicha instancia aquellos procesos que se rigen por el derecho público local, toda vez que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales requiere que sean los jueces locales los que intervengan en las causas en que se ventilen cuestiones de esa naturaleza, sin perjuicio de que las de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 311:1588 y 1597; 313:548; 323:3859 y sus citas).

Además, corresponde señalar que, si bien para dilucidar las cuestiones de competencia es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos de la demanda –art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, también se torna imprescindible examinar el origen de la acción, así como la relación de derecho existente entre las partes (Fallos: 311:1791 y 2065; 322:617, entre otros).

A mi modo de ver, la última hipótesis de las indicadas es la que se presenta en el *sub lite*, dado que el vínculo jurídico existente entre la actora y la Provincia demandada, que da sustento a su pretensión de obtener un resarcimiento económico, es de naturaleza administrativa, toda vez que se trata de una relación de empleo público (Fallos: 310:295; 311:1428; 312:450; 318:1205; 324:2388; 325:887).

Al respecto, tiene dicho V.E. que no es causa civil aquélla en la que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de ese carácter, tiende al examen y revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional (Fallos: 320:217; 321:2917; 322:617).

Por lo tanto, es mi parecer que la cuestión en examen se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la aplicación e interpretación de normas de derecho público local, como son aquéllas que reglamentan las relaciones jurídicas derivadas del empleo público y a las que, en principio, no le son aplicables las disposiciones del derecho del trabajo o del derecho civil, sino que sólo supletoriamente respecto de las situaciones no previstas en esas disposiciones, lo que no basta para convertir en causa civil al proceso (Fallos: 318:1205, entre muchos otros).

En tales condiciones, y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 314:94; 318:1837; 322:1514; 323:1854), opino que el proceso resulta ajeno a esta instancia. Buenos Aires, 29 de abril de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese y comuníquese a la defensora oficial y al señor Procurador General.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Demanda iniciada por **María Concepción Montenegro,** representada por el defensor oficial Dr. **Roque R. Bronzuoli.**

SINDICATO DE TRABAJADORES JUDICIALES DE CORRIENTES v. PROVINCIA DE CORRIENTES

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

Corresponde admitir la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite ante la instancia originaria de la Corte, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia ordinaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

No basta que una provincia sea parte en un pleito para que proceda la competencia originaria de la Corte, sino que resulta necesario además que la materia tenga un manifiesto contenido federal o se trate de una causa civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad de la contraria, quedando excluidos aquellos procesos que se rigen por el derecho público local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

El respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, es decir, que se debe tratar previamente en jurisdicción local la inconstitucionalidad alegada, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Principios generales.

La nuda violación de cláusulas constitucionales proveniente de autoridades de provincia, no sujeta por sí sola las causas que de ella surjan al fuero federal, que sólo tendrá competencia cuando aquéllas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional, o cuando medien razones vinculadas a la tutela y el resguardo de

las competencias que la Constitución confiere al Gobierno Federal, doctrina que deriva del principio consagrado en el art. 18, segunda parte, de la ley nacional 16.986.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Causas que versan sobre normas locales y actos de las autoridades provinciales regidas por aquellas.

Resulta ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la causa que exige revisar actos administrativos dictados por los jueces que integran el superior tribunal provincial en ejercicio de las facultades reservadas por los arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, si para resolver el pleito se requiere examinar normas y actos provinciales y se trata de una materia típicamente administrativa, toda vez que el vínculo jurídico existente entre los afectados y la provincia demandada, que da sustento a la acción, es de empleo público.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

El Sindicato de Trabajadores Judiciales de Corrientes (SI.TR.A.J.), por sí y en defensa de los intereses de sus afiliados, con domicilio en la Provincia de Corrientes, promueve acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, contra dicho Estado local, a fin de que se declaren ilegítimos e inconstitucionales los actos administrativos dictados por el Superior Tribunal de Justicia mediante los cuales se efectuaron descuentos a los haberes de diversos agentes del Poder Judicial de la Provincia, por adherir a las medidas de fuerza que convocó el sindicato, y que se ordene su devolución y/o los que se descuenten en el futuro por tal motivo.

Cuestiona dichos actos por desconocer el derecho de huelga de sus afiliados consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en varios Tratados Internacionales y en el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo, solicita como medida cautelar que se ordene a la accionada que se abstenga en lo sucesivo de dictar disposiciones como esas cuando se realicen medidas de fuerza convocadas por el SI.TR.A.J..

A fs. 22, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

Cabe recordar, en principio, que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 307:1379; 311:489, 810 y 2154; 312:640; 313:127 y 1062 y 322:1514).

Sentado lo expuesto, entiendo que la cuestión radica en determinar si en autos se dan los requisitos que habilitan su tramitación ante la instancia originaria del Tribunal, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, reglamentados por el art. 24, inc. 1° del decreto-ley 1285/58.

A mi modo de ver, dichos recaudos no se cumplen. En efecto, no basta que una provincia sea parte en un pleito para que proceda la competencia originaria de la Corte, sino que resulta necesario además que la materia tenga un manifiesto contenido federal (Fallos. 97:177; 311:1588; 315:448) o se trate de una causa civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad de la contraria (Fallos: 1:485; 310:1074; 313:1217; 314:240), quedando excluidos aquellos procesos que se rigen por el derecho público local.

En el *sub lite*, de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe estar de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– se desprende que la cuestión planteada exige revisar actos administrativos dictados por los jueces que integran el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes en ejercicio de las fa-

cultades reservadas por los arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional, lo cual implica una injustificada intromisión de V.E. en las potestades propias de las autoridades locales.

Al respecto se ha sostenido que si para resolver el pleito se requiere examinar normas y actos provinciales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles la causa no es del resorte de la Corte (Fallos: 322:1387, 1514 y 3572; 323:3859; 326:1591, entre muchos otros).

Además, se trata de una materia típicamente administrativa, toda vez que el vínculo jurídico existente entre los afectados y la Provincia demandada, que da sustento a la presente acción, es de empleo público (Fallos: 310:295; 311:1428; 312:450; 318:1205; 324:2388; 325:887).

Lo anterior tiene su fundamento en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, es decir, que se debe tratar previamente en jurisdicción local la inconstitucionalidad alegada, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:295 y 2841; 311:1470; 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

No obsta a lo expuesto el hecho de que la amparista invoque el respeto de cláusulas constitucionales, pues su nuda violación proveniente de autoridades de provincia, no sujeta por sí sola las causas que de ella surjan al fuero federal, que sólo tendrá competencia cuando aquéllas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional (Fallos: 316:1777; 321:2751; 322:190, 1514 y 3572; 323:872; 325:887) o cuando medien razones vinculadas a la tutela y el resguardo de las competencias que la Constitución confiere al Gobierno Federal (Fallos: 311:919; 316:1777 y 2906) –situaciones que no se presentan en autos–, doctrina que deriva del principio consagrado en el art. 18, segunda parte, de la ley nacional 16.986, que establece que los jueces federales con asiento en las provincias serán competentes “en los casos en que el acto impugnado mediante la acción de amparo provenga de una autoridad nacional”.

Ello, en virtud del carácter excepcional del fuero federal, que se halla circunscripto a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, cuya interpretación debe ser de carácter restrictivo (Fallos: 305:193; 307:1139, sus citas y otros).

En tales condiciones, y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 314:94; 318:1837; 322:1514; 323:1854), opino que la acción de amparo intentada resulta ajena a esta instancia. Buenos Aires, 20 de mayo de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitirse a fin 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.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Profesionales intervinientes: **doctores Ulises Daniel Gorini y Luis E. Rey Vázquez, letrados patrocinantes de la parte actora (Sindicato de Trabajadores Judiciales de Corrientes).**

VICTOR M. CONTRERAS Y CÍA. S.A.
V. PROVINCIA DE CATAMARCA Y OTRO

TERCEROS.

Cuando el tercero ha sido citado al proceso y ha sido tenido por parte, se encuentra legitimado para solicitar que se declare la perención de instancia dado que su calidad procesal lo coloca en igual situación que el demandado, máxime cuando el art. 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su actual redacción, establece que la sentencia podrá ser ejecutada contra él y esta consecuencia exige –por encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de igualdad, de raigambre constitucional– reconocerle iguales facultades procesales que a la demandada.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.

En materia de caducidad de instancia no se computa el término durante el cual los autos estén a resolución (art. 313 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 592 la Provincia de La Rioja, citada como tercero en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. fs. 555/558, punto III), solicita que se decrete la caducidad de la instancia de las presentes actuaciones por considerar que, desde el retiro de copias de su contestación, efectuado por la actora el 27 de noviembre de 2003, ha transcurrido el plazo de seis meses establecido por el art. 310, inc. 1 del código citado.

Corrido el pertinente traslado, “Víctor M. Contreras y Cía. S.R.L.” lo contesta a fs. 599/604 y se opone por las razones que allí expone.

2°) Que, en primer lugar, cabe señalar que cuando el tercero ha sido citado al proceso en los términos en que lo fue la peticionaria y ha

sido tenido por parte, se encuentra legitimado para solicitar que se declare la perención de instancia dado que su calidad procesal lo coloca en igual situación que el demandado, máxime cuando el art. 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su actual redacción, establece que la sentencia podrá ser ejecutada contra él y esta consecuencia exige –por encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de igualdad, de raigambre constitucional– reconocerle iguales facultades procesales que a la demandada, como este Tribunal lo ha decidido en un asunto sustancialmente análogo (Fallos: 313:1267).

3°) Que reconocida dicha aptitud, corresponde resolver sobre el pedido efectuado por la Provincia de La Rioja, cuyo rechazo se impone pues, tal como lo ha resuelto este Tribunal con fundamento en el art. 313 del ordenamiento procesal, en materia de caducidad de instancia no se computa el término durante el cual los autos estén a resolución (Fallos: 256:97; 308:875).

En el caso *sub examine*, aun de aceptarse, con la incidentista, que la última actuación impulsadora del procedimiento fue de fecha 27 de noviembre de 2003, lo decisivo es que al momento de ser puesto el expediente para resolver los pedidos de regulación de honorarios efectuados, esto es, el 28 de abril de 2004 (ver fs. 585 y 586), no se encontraba cumplido aún el plazo dispuesto por el art. 310, inc. 1°, del código de rito, y desde dicho momento aquél dejó de correr, en los términos señalados hasta que el Tribunal dictó la resolución requerida. Por lo demás y para demostrar que no pudo tener acceso al expediente, la actora, según se desprende del libro de asistencia de la Secretaría, dejó constancia –en forma regular– de su presencia en esta sede hasta el 16 de noviembre de 2004 inclusive, fecha en la que la Corte dictó su resolución. Sólo a partir del 26 de noviembre –en que fue notificada de la decisión del Tribunal– tuvo la posibilidad de activar el procedimiento, lo que hizo el primer día hábil subsiguiente (fs. 596).

Por ello, se resuelve: Rechazar el pedido de caducidad efectuado por la Provincia de La Rioja. Con costas (arts. 68 y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Nombre de la actora: **Víctor M. Contreras y Cía. S.R.L. – Dres. Darío Guillermo Hernández, Guillermo Calcagno, Martín Torres Girotti y Víctor Fabián Stolovitsky Colb.**
Terceros citados: **Provincia de La Rioja – Dres. José Nelson Luna Corzo y César Luis Alberto Garay.**
Nombre de la demandada: **Estado Nacional: representante Dra. Norma V. Soutullo, patrocinada por los Dres. Alejandro P. Amaro y Edgardo D. Nigro.**

DESACI S.A. y Otros v. FERROCARRILES ARGENTINOS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

El recurso ordinario deducido contra el rechazo de la demanda tendiente a que se condenara a Ferrocarriles Argentinos al pago de sumas de dinero en concepto de las variaciones de costos contempladas en el decreto 1618/86, 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 supera el mínimo previsto en el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58, con las modificaciones introducidas por la ley 21.708 y la resolución 1360/91 de la Corte Suprema.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda tendiente a que se condene a Ferrocarriles Argentinos al pago de sumas de dinero en concepto de variaciones de costos contempladas en el decreto 1618/86, si los argumentos propuestos no logran desvirtuar las conclusiones de la cámara, en cuanto a que el acta acuerdo constituía un paso insoslayable en el trámite tendiente a establecer los montos a reconocer, y a que la función de la Administración no podía ser sustituida por los jueces de la causa.

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Corresponde confirmar el rechazo de la demanda pues, si las interesadas pretendían acceder al resarcimiento de los daños financieros provocados por la mora en el pago de las deudas originadas en contratos de obra pública, sin intentar obtener la firma del acta de acuerdo, podrían haber promovido demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, habida cuenta de que ellas mismas otorgaron al silencio administrativo efectos denegatorios de la solicitud de acogimiento al régimen del decreto 1618/86.

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Corresponde confirmar el rechazo de la demanda si los recurrentes –haciendo hincapié en que no se trataba de una operación de conjunto– no refutan fundadamente la afirmación según la cual resultaba un contrasentido ordenar que la Administración aplicara los mecanismos del decreto 1618/86, lo cual era materialmente imposible de realizar sin riesgo de desvirtuar todo un sistema creado para hacer frente a una situación en un tiempo determinado y con una partida específica, en la que debía tenerse en cuenta a todos los peticionantes involucrados.

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

El contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista, excepto con relación a las pérdidas derivadas del caso fortuito en las condiciones previstas en el art. 39 de la ley 13.064 (acontecimientos naturales y extraordinarios o hecho del príncipe) y sin perjuicio del derecho del contratista a la revisión de los precios y a la recomposición del contrato, cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionen la ruptura del equivalente económico del contrato, esto es, la relación entre prestación y contraprestación, de conformidad con el régimen de la ley 12.910 y sus decretos reglamentarios (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

En el contrato de obra pública el contratista debe soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva el cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

La aleatoriedad ordinaria característica de los contratos de obra pública comprende todos los riesgos expresamente asumidos en el contrato y, en particular, los inherentes al funcionamiento de la empresa contratista, creados en beneficio propio por su organización o actividad, entre los cuales como regla también corresponde computar los relativos al giro de la empresa y a su financiación (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Si en el contrato las partes previeron que los certificados se cancelarían a los treinta días de su aprobación, y que en caso de mora se pagaría la actualización monetaria correspondiente más un interés puro del cinco por ciento anual, en modo alguno puede afirmarse que el comitente se constituyó en “financista” de la empresa constructora, ni en garante del mayor costo del dinero en el mercado;

mucho menos cuando la reiteración de períodos de alta inflación y la consecuente suba del costo de dinero no constituyen fenómenos imprevisibles (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

INTERESES: Generalidades.

Tanto el art. 6°, inc. b del decreto 211/92 (que prohíbe la capitalización de los intereses previstos en el decreto 1621/86) como las resoluciones 600/92 y 1404/92, dictadas por el Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos, indican que la aplicación automática e irreflexiva del método de ajuste previsto en 4°, primer párrafo, segunda parte, del decreto 1618/86 y en el art. 1°, segundo párrafo, del decreto 1621 conducen a actualizar exponencialmente las deudas reclamadas, produciendo un resultado ajeno a todo criterio de realidad económica con el consiguiente despojo del deudor, cuya obligación no debe exceder el crédito actualizado más un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Es inadmisible pretender que los tribunales se arroguen las funciones que atañen a la administración en cuanto comitente del contrato de obra pública (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Desaci S.A. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ contrato obra pública”.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar –por mayoría– la sentencia de la instancia anterior, rechazó la demanda promovida por las firmas Desaci, Ecofisa, Sideco Americana, Sade y Techint con el objeto de que se condenara a Ferrocarriles Argentinos a abonarles las

sumas de dinero que –según alegaron– les debía en concepto de las variaciones de costos contempladas en el decreto 1618/86 (fs. 782/790).

Contra ese pronunciamiento, las firmas demandantes dedujeron recurso ordinario de apelación (fs. 803/803 vta.) que fue concedido (fs. 818/818 vta.).

2°) Que por medio del contrato FA 1397, del 2 de febrero de 1979 (ver anexo II acompañado a la demanda), Ferrocarriles Argentinos acordó con las empresas japonesas Marubeni Corporation, Toshiba Corporation, Hitachi Ltd. y Mitsubishi Electric Corporation que éstas se harían cargo de la construcción de instalaciones fijas, equipos, facilidades conexas y obras de vías necesarias para la electrificación de diversos tramos de los servicios suburbanos de la Línea Roca. También convinieron que aquéllas podrían subcontratar con las empresas aquí demandantes la ejecución de los referidos trabajos, en los aspectos relativos a la provisión de elementos y mano de obra nacional (art. 3). Asimismo, se contempló que el comitente pagaría el precio de los trabajos de provisión local, montaje y obras de vías a las contratistas o, en caso de cesión de los derechos correspondientes a dichos trabajos, a las subcontratistas allí autorizadas (arts. 6, inc. c y 7 – capítulo c).

Entre otros puntos relevantes, se previó que en caso de mora en el pago del precio de la obra éste se actualizaría en función de la ley 21.392 (art. 22).

3°) Que en el contrato firmado el 6 de febrero de 1979 (ver anexo III acompañado a la demanda), las empresas contratistas encomendaron a las subcontratistas –como se dijo, aquí actoras– el suministro, transporte y montaje de equipos y materiales de origen local; el transporte terrestre en el país, el almacenamiento, la custodia y el montaje de los equipos y materiales importados; las prestaciones para las pruebas y puesta en marcha de los equipos y materiales bajo su control y supervisión; las obras de vía; y la ingeniería de detalle (art. primero).

4°) Que en escritura pública del 12 de agosto de 1981, se protocolizó el contrato por el que las empresas contratistas cedieron a las firmas demandantes los derechos que pudieran corresponderles frente a Ferrocarriles Argentinos en los términos del art. 7, capítulo c, del contrato del 6 de febrero de 1979, reseñados en el considerando precedente, cesión que fue notificada –por escritura pública– en la División

Gestión de Cuentas de la empresa estatal demandada (ver anexos V y VI acompañados a la demanda).

5°) Que mediante la nota EC-4493-FA, presentada el 15 de diciembre de 1986, las firmas cesionarias se acogieron al decreto 1618/86, que creó un régimen de regularización de deudas para el período comprendido entre septiembre de 1984 y mayo de 1985. Esa nota no fue contestada por la Administración, por lo que aquéllas, por medio de la nota EC–4565–FA, del 9 de marzo de 1987, le hicieron saber que había transcurrido el plazo fijado por el decreto 1621/86 para abonar la primera cuota, y, por medio de la nota EC-4708-FA, del 15 de septiembre de 1987, requirieron pronto despacho (ver anexos VII, VIII y IX acompañados a la demanda).

Ante la falta de respuesta por parte de la Administración, las empresas cesionarias –al considerar configurado el silencio en los términos de los arts. 10 y 30 de la ley 19.549– promovieron demanda con el objeto de que, como se dijo, se les reconocieran las sumas que Ferrocarriles Argentinos les adeudaba –según expresaron– en virtud del régimen establecido por el decreto 1618/86. En ese sentido solicitaron que a las deudas vencidas según el decreto 1621/86 se les añadieran los intereses punitorios que él preveía y que la sentencia sustituyera el acta acuerdo prevista en el decreto 1618/86.

6°) Que para confirmar el rechazo de la demanda, la cámara *a quo* sostuvo que: a) de acuerdo con el régimen previsto en el decreto 1618/86, la firma de las denominadas “actas acuerdo” resultaba indispensable para establecer las diferencias que mediante ese procedimiento se reconocían a favor del contratista, cuyo monto definitivo quedaba sujeto al mecanismo de prorrateo previsto en el art. 5° de ese decreto; b) el decreto resultaba aplicable a las deudas derivadas de la ejecución del contrato; c) las firmas actoras presentaron sus pedidos de acogimiento al régimen mediante nota EC-4493-FA, del 15 de diciembre de 1986, a la que acompañaron las declaraciones juradas referidas en el art. 2° del decreto, por lo que fueron realizados dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles establecido por su art. 6°, contados a partir de su publicación; d) sin embargo, no es procedente atender la pretensión de sustituir la firma de las actas acuerdo por un pronunciamiento judicial, cometido que sólo podían realizar los órganos a los cuales el Poder Ejecutivo lo había encomendado; e) la revisión judicial únicamente podía ser eficaz cuando se ejerciera sobre actuaciones que han transitado plenamente los pasos establecidos administrativamente;

f) si bien es cierto que la Administración tenía el deber de expedirse acerca de la petición de las firmas demandantes, éstas tenían a su alcance otros medios judiciales distintos al que intentaron en el *sub lite*; g) resultaba un contrasentido ordenar a esta altura de los acontecimientos a la Administración que aplicara los mecanismos del decreto mencionado, "sin riesgo de desvirtuar todo un sistema creado para hacer frente a una situación en un tiempo determinado y con una partida específica en la que debía tenerse en cuenta a todos los peticionantes involucrados".

7°) 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 supera el mínimo previsto en el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58, con las modificaciones introducidas por la ley 21.708 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

8°) Que al fundar su memorial (fs. 826/839 vta., replicado a fs. 843/848 vta.) las recurrentes sostienen que: a) el reconocimiento de la deuda no era corolario de una operación en conjunto con todos los contratistas que se habían adherido voluntariamente al régimen del decreto 1618/86 como se señaló en la sentencia apelada, puesto que existía la posibilidad de que el monto total reclamado excediera el tope contemplado en su art. 5°, supuesto en el que debía ser prorrateado hasta alcanzar dicho tope; b) una vez que los contratistas se acogían al régimen del decreto –que, según afirman, constituía una opción unilateral de ellas y no bilateral–, la Administración se hallaba obligada a reconocer las diferencias reclamadas y a firmar el acta de acuerdo pertinente, por lo que ante el incumplimiento del organismo estatal requerido aquéllas quedaban facultadas para reclamar un pronunciamiento judicial destinado a lograr la aplicación del decreto 1618/86, ya que el acogimiento debía ser acompañado por la renuncia a iniciar la acción de daños y perjuicios; c) lo afirmado por la cámara en el sentido de que tenían otras vías judiciales para intentar el cobro de sus créditos se aparta de lo que dispone la ley 19.549, que contempla la alternativa del silencio o del amparo por mora; d) para el caso de que se confirme la sentencia apelada, las costas deberán ser distribuidas en el orden causado.

9°) Que en el decreto 1618/86, el Poder Ejecutivo Nacional puso de resalto que la situación económica del país experimentaba un proceso

de agravamiento agudizado en los últimos meses de 1984 y los primeros de 1985, caracterizado por altas tasas de inflación y de intereses; que el gobierno "sobrelleva[ba] una profunda crisis financiera y presupuestaria, que provocó una generalizada y aguda dificultad para atender las obligaciones dinerarias con contratistas de obras públicas"; que gran cantidad de contratistas resultaron perjudicados por el alto costo financiero que era necesario afrontar en aquella época; que la paralización de las diversas obras fue evitada en no pocos casos a costa de sacrificios y costos adicionales no previstos en los contratos; y que el Estado Nacional y las empresas estatales que se hallaban en esa situación estaban expuestos a ser demandados judicialmente por esos motivos (ver considerando único del decreto).

Sobre la base de las circunstancias enunciadas precedentemente, dicho decreto estableció un régimen de reconocimiento de diferencias sobre saldos de obligaciones en mora, en el que quedaban comprendidas las deudas vencidas, es decir impagas, entre el 30 de septiembre de 1984 y el 31 de mayo de 1985, derivadas de los contratos de obra en los cuales fueran parte, entre otros, las empresas del Estado "y todo Ente Estatal Nacional sometido a la ley 21.392", o métodos análogos a los efectos de reajuste de deudas o que reconociera compensaciones por mora según tasa regulada, y en los cuales no hubiese habido liquidación final de su obra consentida por el contratista (arts. 1° y 2°).

Para ello previó un trámite que se iniciaba con la solicitud de los contratistas de acogerse al régimen, que debía ser efectuada dentro de los cuarenta y cinco días hábiles contados desde la publicación del decreto, a cuyo efecto debían presentar una declaración jurada donde constaran las entidades acreedoras de préstamos a tasa regulada por el Banco Central de la República Argentina –si no tenían créditos en esa situación, ello también debía constar– y los montos de sus deudas. El acogimiento por parte de los contratistas comportaba la obligación de renunciar a la acción y al derecho en cualquier acción administrativa o judicial que persiguiera el cobro de los daños y perjuicios provocados por la mora en el pago, así como a cualquier otro reclamo referente a los mecanismos de actualización por el mismo concepto, con motivo de las obligaciones vencidas incluidas en el art. 2° del decreto, y también la obligación de desistir de toda demanda, juicio o reclamación promovidos (arts. 2° y 6°).

El comitente estaba facultado para determinar la veracidad de la información contenida en la declaración jurada, hasta ciento ochenta

días después de la presentación (art. 2°). El monto total a reconocer, ajustado según el método previsto en el decreto, debía ser establecido por el comitente y el contratista mediante un acta de acuerdo (art. 4°).

10) Que los argumentos propuestos por las recurrentes no logran desvirtuar la conclusión a la que llegó la cámara.

Es pertinente, en primer lugar, poner de resalto que acerca de la importancia del acta de acuerdo con la que concluía el trámite previsto en el decreto 1618/86, las apelantes sostuvieron originariamente que las pautas para determinar los valores a reconocer a los contratistas resultaban exclusivamente de los arts. 2, 3 y 4 del decreto 1618/86 y no "de un hipotético acuerdo entre el comitente y el contratista" (ver demanda), mientras que en el memorial ante esta Corte afirmaron que dichas pautas surgían de aquellos artículos y de la firma del acta de acuerdo, "que tenía carácter meramente instrumental". No es exacto que las pautas para determinar los valores a reconocer a los contratistas surgieran exclusivamente de los arts. 2, 3 y 4 del decreto 1618/86 y no "de un hipotético acuerdo entre el comitente y el contratista". Es cierto que: a) dichos artículos fijaban las bases para definir las sumas a ser reconocidas por la Administración; b) en particular, según el art. 2° del decreto, el trámite de verificación de la información contenida en la declaración jurada no impedía la firma del acta de acuerdo pues dicha verificación podía ser realizada hasta ciento ochenta días posteriores a su presentación; y c) lo que quedaba supeditado al eventual mecanismo de prorrateo era "el importe definitivo a cobrar". Sin embargo, no puede desconocerse que el propio art. 4° –segunda parte– del decreto contemplaba expresamente que el "comitente y el contratista establecerán, mediante un Acta de Acuerdo, el monto total a reconocer". No es razonable, pues, restarle al acta de acuerdo la relevancia que la propia redacción del texto claramente le concedió, en tanto constituía un paso insoslayable en el trámite previsto en el decreto, tendiente, precisamente, a establecer los montos a reconocer por la Administración. Por virtud de estos mismos argumentos debe desecharse, también, el alegado carácter "meramente instrumental" de dicha acta.

11) Que era indispensable, pues, que las demandantes procurasen obtener la firma del acta de acuerdo por parte de Ferrocarriles Argentinos en sede administrativa, ya que, como bien se señaló en la sentencia apelada, los jueces de la causa no pueden sustituir a la Administración en la función que "sólo podían realizar los órganos a los

cuales el Poder Ejecutivo encomendó dicho cometido". A ese efecto, las empresas tenían a su alcance los mecanismos que el ordenamiento jurídico les proporcionaba. En efecto, contaban con la acción de amparo por mora del art. 28 de la ley 19.549 para obtener un pronunciamiento expreso de Ferrocarriles Argentinos, que, eventualmente, explicara si se cumplían las condiciones exigidas por el régimen para su acogimiento por las interesadas, de manera que la cuestión pudiera ser sometida, con todos los elementos de juicio necesarios, al posterior control judicial. Ello es así con mayor razón si se tiene en cuenta que las propias apelantes citan en su memorial dos casos en que la Administración rechazó expresamente la aplicación de los decretos 1618/86 y 1619/86, lo que demostraría, en contra de sus afirmaciones, que el sometimiento estatal al régimen al que se acogieron no resultaba automático.

12) Que, con independencia de lo anterior, si las interesadas pretendían acceder al resarcimiento de los daños financieros provocados por la mora en el pago de las deudas originadas en contratos de obra pública, sin intentar obtener la firma del acta de acuerdo, podrían haber promovido demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, habida cuenta de que ellas mismas otorgaron al silencio administrativo efectos denegatorios de la solicitud de acogimiento al régimen del decreto 1618/86.

13) Que, por otro lado, aun cuando no se compartieran las apreciaciones formuladas en los considerandos que anteceden, las recurrentes no rebaten suficientemente la afirmación de la cámara según la cual resulta un contrasentido "ordenar a esta altura a la Administración que proceda a aplicar los mecanismos del decreto mencionado. Ello es materialmente imposible de realizar sin riesgo de desvirtuar todo un sistema creado para hacer frente a una situación en un tiempo determinado y con una partida específica, en la que debía tenerse en cuenta a todos los peticionantes involucrados". En efecto, hacen hincapié en que no se trataba de una operación de conjunto y que, en todo caso, el contrasentido está dado por el rechazo de la demanda; pero no refutan fundadamente dicho argumento.

14) Que teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas precedentemente, no se advierten razones para apartarse del principio objetivo de la derrota en materia de costas, contenido en el art. 68, primer párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, e

imponerlas a las recurrentes, vencidas en todas las instancias, por lo que debe desestimarse el agravio expuesto en ese sentido.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvanse.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DE LAS SEÑORAS
MINISTRAS DOCTORAS DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y
DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó, por mayoría, la sentencia que había rechazado la demanda interpuesta por las empresas actoras (subcontratistas y cesionarias de las certificaciones correspondientes a las obras relativas a la electrificación de los servicios de la Línea Roca). Dicha demanda procuraba que el juez de la causa condenara a Ferrocarriles Argentinos a dar cumplimiento al decreto 1618 de 1986 (v. fs. 16 vta.), suscribiera en sustitución de la empresa estatal el acta-acuerdo prevista en el art. 4° de dicho decreto, (fs. 16) y, en consecuencia, se les pagara a las actoras el importe de las cuotas fijadas en dicho decreto y su complementario el 1619 de 1986. Contra esta decisión, las demandantes interpusieron el recurso ordinario de apelación concedido a fs. 818.

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada señaló que las empresas aludidas se habían acogido oportunamente al régimen del decreto 1618 de 1986, presentado tempestivamente la declaración jurada relacionada con los préstamos recibidos a la tasa regulada fijada por el Banco Central de la República Argentina, y solicitado el pronto despacho de las actuaciones administrativas, sin haber obtenido respuesta alguna por parte de Ferrocarriles Argentinos. Añadió que, no

obstante, la demanda debía ser rechazada porque los mayores costos previstos en el decreto mencionado se hallan condicionados al tope de recursos presupuestarios y al mecanismo de prorrateo entre todos los contratistas beneficiarios de ese régimen fijados en los arts. 4°, último párrafo, y 5° del decreto en cuestión. En síntesis, expresó que no resultaba posible que, mediante la firma del acta-acuerdo por el juez, se formalizara judicialmente el compromiso de pagar las cuotas establecidas en el decreto citado porque ello implicaba asumir, en sustitución del comitente, la obligación de pagar los mayores costos *ab initio* subordinada a las condiciones fijadas en los arts. 4° y 5 del decreto en cuestión, sin haber verificado el debido cumplimiento de dichas condiciones. Concluyó con el aserto de que las empresas constructoras podían reclamar los mayores costos a los que se creyeran con derecho ejerciendo con tal fin la acción de daños por incumplimiento del contrato respectivo.

3°) Que el recurso ordinario de apelación es formalmente admisible, toda vez que se dirige contra la sentencia definitiva dictada en un pleito en el que la Nación es parte indirecta, y el monto debatido en último término excede el mínimo legal respectivo.

4°) Que las actoras se agravian de lo resuelto por considerar que, ante el incumplimiento de la obligación de firmar el acta-acuerdo por parte de Ferrocarriles Argentinos, nada impide a su parte solicitar que el acto se cumpla judicialmente, mediante la suscripción de esa convención por el juez. En tal sentido, destacan que de acuerdo con el régimen del decreto 1618 de 1986, las previsiones de los arts. 4° y 5° relativas al mecanismo de tope y prorrateo no constituyen condiciones previas a la firma del convenio entre contratistas y comitente sino limitaciones ulteriores, que el Poder Ejecutivo Nacional debe aplicar una vez suscriptas todas las actas-acuerdo y calculado el monto de la totalidad de ellas, además de que, en todo caso, tiene derecho a percibir a prorrata los mayores costos reconocidos en el decreto citado. En otras palabras, sostienen que nada obsta para que el juez, en sustitución de la empresa estatal comitente, suscriba el acta-acuerdo, sin perjuicio de la aplicación ulterior de los artículos citados por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Por otro lado, señalan que la sentencia apelada también yerra al aseverar que, para el reconocimiento de los mayores costos que distorsionaron la ecuación económica del contrato, las actoras debían recurrir a la vía de la acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Ello es así pues, según sostienen, el art. 6°, tercer párrafo, del decreto 1618 de 1986 dispone

claramente que la opción por dicho régimen implica para el contratista la obligación de renunciar a toda acción que persiga el cobro de los daños y perjuicios por la mora en el pago y a cualquier reclamo atinente a la cláusula de ajuste del contrato. En consecuencia, al solicitar la aplicación de ese régimen han renunciado obligadamente a ejercer la acción de daños y perjuicios que la cámara les indica como la vía adecuada para obtener el reconocimiento de sus derechos. Por lo demás, indican que el decreto 1618 de 1986 establece en detalle y con claridad el método de cálculo que corresponde aplicar para determinar el importe total de los mayores costos y de las cuotas respectivas, de manera que con la solicitud de acogimiento y demás elementos presentados por su parte al comitente (monto de los préstamos recibidos a tasa regulada), no existen inconvenientes para determinar judicialmente el monto del acta-acuerdo antes de que el juez la suscriba.

5°) Que el decreto 1618 de 1986 modificó *ex post facto* el método contractualmente previsto para el ajuste de las deudas por mora en el pago de certificados de obras. Los contratos de obra en general previeron que, una vez aprobados los certificados, el comitente disponía de un plazo de 30 días sin ajuste para pagarlos. Una vez entrado en mora, las sumas impagas se actualizarían por índices de precios, más un cinco por ciento anual de interés puro, tal como lo establecía la ley 21.392. No obstante ello, y bajo la invocación expresa del carácter "extraordinario" de la medida, el decreto citado estableció que en caso de mora en el pago de los certificados, los contratistas que no hubieran podido financiarse durante el lapso de la mora con préstamos a tasa regulada y, en consecuencia, hubieran tenido que recurrir a financiarse en el denominado "mercado interempresario" de préstamos (afrontando tasas de interés excesivas, sujetas a capitalización periódica comprensiva de la inflación) debían ser compensados por las pérdidas derivadas de las diferencias entre las mayores tasas pagadas en dicho mercado y la menor cuantía del ajuste percibido en base a la ley 21.392.

Por tal motivo, a fin de evitar la paralización de las obras y las eventuales demandas judiciales fundadas en la "teoría de la intangibilidad de la remuneración del contratista particular", el Poder Ejecutivo Nacional dispuso que tales diferencias serían reconocidas como mayores costos no previstos en los contratos de obra respectivos, y acordó una compensación parcial a las empresas perjudicadas, a cuyo efecto éstas debían tener certificados en mora y declarar bajo juramento no haber percibido préstamos a tasa regulada, durante los períodos indicados en el decreto citado.

6°) Que es principio generalmente aceptado que el contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista, excepto con relación a las pérdidas derivadas del caso fortuito en las condiciones previstas en el art. 39 de la ley 13.064 (es decir, acontecimientos naturales y extraordinarios o hecho del príncipe; Fallos: 319:1681) y sin perjuicio del derecho del contratista a la revisión de los precios y a la recomposición del contrato, cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionen la ruptura del equivalente económico del contrato, esto es, la relación entre prestación y contraprestación, de conformidad con el régimen de la ley 12.910 y sus decretos reglamentarios (Fallos: 313:376; 319:2037, considerando 12; y 321:2473). Tal principio significa, en consecuencia, que el contratista debe soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva el cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas.

7°) Que esa aleatoriedad ordinaria comprende todos los riesgos expresamente asumidos en el contrato y, en particular, los inherentes al funcionamiento de la empresa contratista, creados en beneficio propio por su organización o actividad, entre los cuales como regla también corresponde computar los relativos al giro de la empresa y a su financiación. Si en el contrato las partes previeron que los certificados se cancelarían a los treinta días de su aprobación, y que en caso de mora se pagaría la actualización monetaria correspondiente más un interés puro del cinco por ciento anual, en modo alguno puede afirmarse que el comitente se constituyó en “financista” de la empresa constructora, ni en garante del mayor costo del dinero en el mercado; mucho menos cuando la reiteración de períodos de alta inflación y la consecuente suba del costo de dinero no constituyen fenómenos imprevisibles (confr. Fallos: 319:2037).

8°) Que no obstante ello, mediante el decreto 1618 de 1986 el Poder Ejecutivo Nacional, por razones de oportunidad que no compete al Tribunal evaluar, decidió, como medida extraordinaria y “de excepción” que en caso de mora los comitentes estatales asumieran no sólo el ajuste resultante de la ley 21.392 sino también el mayor costo del financiamiento ofertado a las empresas en el “mercado interempresario”. Cabe advertir que lo resuelto en el decreto examinado debe conciliarse con los principios del régimen de variaciones de costos establecidos en la ley 12.910 y sus decretos reglamentarios; esto es, debe tratarse de “erogaciones reales y comprobadas” cuyo efecto concreto haya sido el distorsionar de una manera significativa la economía general del contrato (confr. Fallos: 316:729 y 319:2037, considerando 12,

ya citado), vale decir, que alteren el equilibrio económico financiero del contrato entendido como la relación aproximada –equivalencia honesta– entre las cargas y ventajas que el contratista tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo. Por tal razón el art. 3° del decreto 1618 de 1986, no sólo excluyó de su régimen a los contratos de obra con liquidación final firme y consentida, sino también a aquellos que hubieran sido objeto de modificaciones o renegociaciones que "hayan permitido recomponer las eventuales distorsiones derivadas del método contractual de reconocimiento de mora" en el pago de certificados. A lo que cabe agregar que, según el art. 4°, una vez actualizados hasta el 15 de julio de 1985 por el régimen de la ley 21.392, los importes resultantes deberían ser nuevamente ajustados de acuerdo con una tasa efectiva mensual equivalente al promedio de la tasa activa regulada y la correspondiente al descuento de certificados de obra, de lo cual resultaría el monto definitivo a reconocer en el acta-acuerdo. Concordemente, los arts. 1° y 2° del decreto 1619 de 1986 previeron la cantidad de cuotas y el mecanismo de ajuste para el supuesto de mora en el pago de éstas.

9°) Que sobre ese particular cabe advertir que, tal como resulta del precedente publicado en Fallos: 320:158, y de la resolución 3703 de 1997 dictada por esta Corte en el expediente administrativo 510.736/92 –Adm. Gral.–, relacionada con la aplicación de los decretos de que se trata al contrato celebrado con la firma Benito Roggio, tanto el art. 6°, inc. b del decreto 211 de 1992 (que prohíbe la capitalización de los intereses previstos en el decreto 1621 de 1986) como las resoluciones 600 y 1404 de 1992, dictadas por el Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos, ponen en evidencia que la aplicación automática e irreflexiva del método de ajuste previsto en 4°, primer párrafo, segunda parte, del decreto 1618 de 1986 y en el art. 1°, segundo párrafo, del decreto 1621 conducen a actualizar exponencialmente las deudas reclamadas, produciendo un resultado ajeno a todo criterio de realidad económica con el consiguiente despojo del deudor, cuya obligación no debe exceder el crédito actualizado más un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres.

10) Que, en tales condiciones, es claro que los agravios de los recurrentes (según los cuales el decreto cuya aplicación se demanda en el caso establecen un método de cálculo claro y sencillo, por lo que no habría obstáculo para proceder al cómputo del importe del acta-acuerdo ni a la firma de dicho convenio por el juez de la causa) no pueden

prosperar. Ello es así toda vez que resulta inadmisible pretender que los tribunales se arroguen las funciones que atañen a la administración en cuanto comitente del contrato de obra, tales como la de verificar el monto y vencimiento de cada una de las certificaciones en mora comprendidas en el lapso previsto en el art. 2° del decreto 1618, actualizarlos de acuerdo con la ley 21.392; verificar los libros de comercio de las interesadas a los fines de comprobar las mayores erogaciones alegadas; aplicar el decreto 211 de 1992 y las resoluciones 600 y 1404 del Ministerio de Economía y Obras Públicas para definir la cuantía de mayores costos reclamados; ni, por otra parte, determinar la entidad de la distorsión de la ecuación económico-financiera del contrato. Además, toda vez que dichos extremos no han sido alegados ni acreditados por las demandantes, tampoco es posible hacer lugar a su pretensión de condenar a la administración al reconocimiento y pago de los mayores costos de que se trata, por lo que no cabe sino pronunciarse por el rechazo de la demanda.

Por ello, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada, con costas a la vencida en todas las instancias. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por el Dr. **Héctor Pozo Gowland,** apoderado de las actoras **Desaci S.A. Ecofisa, Sideco Americana, Sade y Techint.**
Contestan memorial los Dres. **Silvia Marisa Ocampo y Claudio Luján Capizzano, apoderados de la demandada.**
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° 4.**

EDUARDO ANTONIO FIGUEROA v. MINISTERIO DE ECONOMIA Y B.C.R.A.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

Es formalmente admisible el recurso ordinario de apelación deducido contra la sentencia que rechazó la demanda promovida por el accionista mayoritario de un

banco, por los daños y perjuicios derivados del obrar del Banco Central al disponer la intervención cautelar del intermediario financiero y su ulterior actuación que condujo a la liquidación de aquél, pues se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte y el valor cuestionado en último término excede el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución de la Corte Suprema 1360/91.

ENTIDADES FINANCIERAS.

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios contra el Banco Central si no sólo la resolución por la que dicho ente dispuso la intervención cautelar de la entidad financiera no fue recurrida por ésta sino que tampoco se ha alegado y menos probado en la causa que la situación determinante de dicha medida hubiese sido originada por la conducta de la entidad oficial.

ENTIDADES FINANCIERAS.

Es clara la ley 22.529 cuando prevé que las alternativas previstas por el Titulo I tratan sobre la regularización de entidades que presenten dificultades técnicas superables mediante los mecanismos que se utilizan normalmente a tales fines; en cambio, las aludidas en el Título II, resultan aplicables a entidades con problemas cuya solución excede las propias posibilidades (punto VI de la Exposición de Motivos de la citada ley).

ENTIDADES FINANCIERAS.

La conveniencia de aplicar uno u otro criterio –saneamiento o consolidación– entre aquellos previstos por el régimen legal, según las condiciones de solvencia en que se encuentra la entidad y las necesidades de la coyuntura económica –parámetros cuya apreciación corresponde a la entidad rectora de la política financiera y monetaria–, es uno de los temas que tradicionalmente se han considerado ajenos a la competencia de los jueces, salvo las hipótesis de arbitrariedad o violación del derecho de defensa.

ENTIDADES FINANCIERAS.

Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios derivados del obrar del Banco Central, si la entidad bancaria no sólo presentaba una extrema afectación de liquidez que le impedía atender normalmente las obligaciones generadas por su actividad, sino que también resultó –del informe producido por los veedores– la comisión de serias irregularidades que implicaron la inobservancia de normas del Banco Central en materia de captación de depósitos.

ENTIDADES FINANCIERAS.

El art. 24 de la ley 22.529 establece que el Banco Central podrá disponer la intervención cautelar de una entidad financiera o bien cuando –a su juicio fundado– ésta realizara actos o incurriera en omisiones que pusieran en peligro su funcionamiento o cuando se encontrara afectada su solvencia o liquidez o bien si comprobare la realización de operaciones prohibidas o limitadas.

ENTIDADES FINANCIERAS.

La naturaleza peculiar de la actividad bancaria –que la diferencia de las de carácter comercial– y se caracteriza especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del Banco Central, implica el sometimiento a un régimen jurídico que establece un margen de actuación que faculta al ente rector a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento, por lo que no es admisible prescindir de tales reglas específicas en el examen de la situación patrimonial de la entidad.

ENTIDADES FINANCIERAS.

Las reglamentaciones emitidas por el Banco Central representan, en cada caso, la exteriorización o instrumentación de criterios de política financiera y monetaria, necesariamente ligados a las condiciones de la coyuntura económica. La conveniencia o inconveniencia de tales criterios o de su aplicación en cada circunstancia histórica es un tema, en principio, ajeno a la competencia de los jueces.

ENTIDADES FINANCIERAS.

La liquidación de entidades puede ser dispuesta sin más trámite por el Banco Central de la República Argentina, con revocación de la autorización para funcionar o sin ella, cuando se considere –entre otros supuestos– no viable o fracasada la alternativa de consolidación.

ENTIDADES FINANCIERAS.

Sólo en la medida en que la entidad financiera conserve la posibilidad de seguir operando conforme su objeto, se justificará el otorgamiento por parte del Banco Central de las facilidades que enuncia el art. 25 de la ley 22.529.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Corresponde rechazar el reclamo resarcitorio fundado en la actuación lícita del Estado, si la causa generadora del daño cuya reparación se persigue, no es atri-

buible sino a hechos que son imputables a la administración llevada a cabo por las autoridades estatutarias de la entidad financiera, lo que impide tener por cumplido uno de los presupuestos de la pretensión indemnizatoria, como lo es el relativo a la imputabilidad jurídica de los daños a la demandada.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 2036/2043, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de la anterior instancia por el cual se rechazó la demanda del señor Eduardo Antonio Figueroa contra el Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A. en adelante), tendiente al cobro de los daños y perjuicios que le habría producido el manejo discrecional, por éste último, del Banco del Iguazú S.A. (B.I.S.A.), del que era accionista mayoritario.

– II –

Disconforme, el actor interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 2046) y recurso extraordinario (fs. 2051/2066). La alzada concedió el primero (fs. 2069) y, atento a ello, decidió, sin perjuicio de lo que pudiera resolver la Corte al respecto, no hacer lugar “por el momento” al extraordinario (fs. 2125).

El apelante presentó el memorial de fs. 2153/2206, donde sostuvo que los argumentos del fallo partían de una errónea y parcializada apreciación del derecho aplicable y de la prueba producida y omitían toda atribución de responsabilidad del B.C.R.A., pese a la arbitrariedad e impericia con la que, a su criterio, esa entidad se manejó.

Entendió que el meollo de la cuestión residía en el alcance de la supuesta discrecionalidad del B.C.R.A. como autoridad de aplicación de la ley 22.529, pues no sólo no aplicó las soluciones previstas por la ley sino que obró de manera apresurada y arbitraria, en contra de los fines en ella previstos. Además, fue negligente en el cumplimiento de su obligación de preservar el sistema financiero que le imponía la ley

22.529 y que, por tal motivo, al haber incurrido en un supuesto de responsabilidad de la administración por actividad ilícita, debía cargar con las consecuencias dañosas que dicha conducta generó.

Indicó que, de admitirse la discrecionalidad del ente federal, no podía negársele, a los afectados por esa actividad, una interpretación certera de sus facultades y de un control jurisdiccional indispensable cuando aquellas son ejercidas *contra legem*.

Por otro lado, dijo que los extremos fácticos que el *a quo* tomó como indicativos de que el obrar de la entidad de contralor fue legítimo no se condicen con las constancias de la causa ni con el derecho aplicable. En este sentido, contrariamente a lo sostenido por la alzada, adujo que el patrimonio neto de la entidad era positivo, que la cesación de pagos era consecuencia del accionar del B.C.R.A. y que el banco era recuperable.

Expresó que, la consideración de la alzada, al señalar que el actor no había intentado demostrar que la actuación del Banco Central había sido irregular o su gestión inadecuada, era arbitraria, porque prescindió de los elementos de juicio incorporados a la causa y, en tanto dicha estimación se encuentra vinculada directamente con la resolución del conflicto, constituye un ataque a su derecho de defensa.

En otro orden y con carácter subsidiario, sostuvo la responsabilidad del Estado por acto lícito y entendió rendidas pruebas en exceso que acreditarían –a su criterio– el derecho para reclamar el resarcimiento por los perjuicios sufridos.

– III –

A mi modo de ver, el recurso intentado es procedente en su aspecto formal porque que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término o “el monto del agravio” supera el mínimo legal previsto por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto ley 1285/58, con la modificación introducida por la ley 21.708, y por la resolución de la Corte 1360/91.

En cuanto al fondo del asunto, según tiene dicho esta Procuración General, cuando los agravios sometidos a decisión de la Corte remiten

al examen de aspectos no federales del fallo y versan, en cambio, sobre cuestiones de hecho y prueba que, a su vez, resultan de naturaleza estrictamente patrimonial, el asunto es materia ajena a su dictamen. En este sentido, si bien se trató la procedencia formal de los recursos ordinarios de apelación se sostuvo que "...se desprende que el tema de fondo es materia ajena a mi dictamen. En primer lugar, por versar acerca de cuestiones de hecho y prueba y, en segundo, por revestir estricto contenido patrimonial." (dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte, Dra. Graciela M. Reiriz, del 25 de julio de 1988, reseñado en Fallos: 312:1648; conf. también 312:98, 721, 1382, 1597, 1641 y 1835 y 315:2607).

Por aplicación de dicho criterio, toda vez que, en el *sub examine*, los agravios expresados por el recurrente remiten con exclusividad a cuestionar la apreciación de los hechos y las pruebas de la causa que efectuó la alzada, me abstengo de opinar al respecto. Buenos Aires, 3 de diciembre de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Figueroa, Eduardo Antonio c/ E.N. –M° de Economía– y B.C.R.A. s/ juicios de conocimiento".

Considerando:

1°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado íntegramente la demanda promovida por Eduardo Antonio Figueroa –en su calidad de accionista mayoritario del Banco del Iguazú S.A.– por los daños y perjuicios derivados del obrar del Banco Central al disponer la intervención cautelar del intermediario financiero y su ulterior actuación que condujo a la liquidación de aquél. Contra lo así decidido, la actora interpuso recurso ordinario de apelación a fs. 2046/2046 vta., que fue concedido a fs. 2069. El memorial de agravios obra a fs. 2153/2206 vta. y su contestación a fs. 2213/2226.

2°) Que la apelación interpuesta es formalmente admisible pues se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte y el valor cuestionado en último término excede el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3°) Que el tribunal *a quo* expresó, como fundamento, que la decisión del Banco Central de someter inicialmente al Banco del Iguazú S.A. a saneamiento, no privó a aquél de su facultad de disponer su intervención cautelar. Ponderó, al respecto, que la ubicación del art. 24 de la ley 22.529 en el Título II –que regula la consolidación de los intermediarios financieros– no permitía excluir de la intervención con fines cautelares a los que estén en etapa de regularización tratada por el Título I, habida cuenta que la utilización de los procedimientos previstos por la citada norma constituye una atribución discrecional del ente de control –que éste podrá adoptar de acuerdo con las circunstancias– sin que deba observarse entre las diversas alternativas una determinada progresión o secuencia por resultar independientes y no excluyentes entre sí. Negó, en consecuencia, que la entidad o la actora pudieran invocar válidamente un derecho adquirido a que se mantuviera un proceso de saneamiento frente a la lícita preferencia del órgano de control de disponer la intervención cautelar, sustentada en el informe de veeduría y en la nota del demandante –de fecha 7 de octubre de 1986– por la cual solicitó al Banco Central que le permitiera acceder a un descubierto en la cuenta corriente a los efectos de evitar la cesación de pagos, lo cual demuestra –a juicio del *a quo*– que sin ese aporte del Estado "la entidad no podía alcanzar en forma conveniente y oportuna el funcionamiento" (fs. 2043).

Tras subrayar que quien aduce vicios acerca de la ilegitimidad o arbitrariedad de las decisiones del Banco Central debe acreditarlos en juicio, entendió que, en el caso, ello no había acontecido. Destacó, al respecto, que de la prueba rendida surgía que: a) la entidad tenía –técnicamente– un patrimonio neto negativo, y que las previsiones por deudas incobrables y los cargos resultaban razonables y aceptables, considerando la normativa dictada por el Banco Central; b) en cuanto al estado de cesación de pagos del Banco del Iguazú S.A., si bien consideró fundadas las objeciones a su configuración en diciembre de 1985 –en tanto estaba ligada a la operatoria irregular, iniciada en enero de 1986, mediante la cuenta "Santa Catalina"–, llegó a la conclusión de que aquél, de todos modos, se produjo con mucha anterioridad a la intervención cautelar dispuesta en octubre de ese año; c)

no estaba suficientemente demostrado que el Banco del Iguazú fuese recuperable al momento de su intervención cautelar. Puntualizó asimismo que el actor no intentó probar que la actuación de la entidad rectora del sistema financiero en la administración de aquella entidad hubiera sido irregular, inadecuada o irrazonable.

En suma, juzgó que el Banco Central no se condujo en forma arbitraria u omisiva en una situación respecto de la cual el ordenamiento le otorga un amplio margen de discreción, y concluyó, por lo tanto, en que debía desestimarse la pretensión resarcitoria derivada de acto ilícito.

Por otra parte, entendió que tampoco podía prosperar la pretensión basada en la supuesta responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Al respecto señaló que no fue demostrado que los daños invocados por el demandante hubiesen sido causados por el ente oficial, en lugar de derivar de la propia administración particular del Banco del Iguazú, máxime habida cuenta de que durante su gestión se llevaron a cabo operaciones prohibidas –"Operatoria Santa Catalina"– que se encuentran en la raíz de los problemas de liquidez. De tal manera, consideró que la conducta dañosa de la propia actora interfiere en el proceso causal entre el accionar estatal y el perjuicio invocado.

En ese mismo orden de ideas, negó que hubiese mediado la exigencia de un sacrificio particular a una entidad financiera en beneficio de la comunidad –por el cual ésta debiese resarcir a quien sufre la lesión– ya que fue el manejo de los negocios que realizaron las autoridades del Banco del Iguazú la causa del ejercicio del poder de policía financiero por el ente de control.

4°) Que la recurrente se agravia, en síntesis, por entender que: a) no surge de la ley 22.529 que el Banco Central tenga absoluta discrecionalidad para intervenir o liquidar una entidad, sin otorgarle una opción viable para su saneamiento, máxime cuando, en el caso, la regularización de la entidad era viable; b) esa ley impone al Banco Central la adopción de medidas con el objeto de sanear a las entidades en dificultades, por lo cual debe responder por las consecuencias dañosas de su conducta que no se ajuste al propósito perseguido por aquélla; c) el Banco Central se hallaba impedido de modificar la alternativa de saneamiento concedida a la entidad financiera dos días antes de disponer su intervención sin lesionar los derechos adquiridos

de ésta; d) las conclusiones sobre las que la cámara asienta su juicio sobre la razonabilidad de las decisiones adoptadas por el ente rector en relación al Banco del Iguazú –resumidas precedentemente– no encuentran apoyo en las pruebas producidas en autos; e) no obstante tratarse de una entidad –en su concepto– recuperable y haber efectuado la actora y el delegado interventor diversas propuestas para evitar su liquidación, éstas no fueron consideradas por el Banco Central, lo que condujo a la revocación de la autorización para funcionar del banco y a su liquidación; y f) la cámara efectúa una interpretación tendenciosa de la nota remitida por el actor al Banco Central el 7 de octubre de 1986, pues mediante ella se intentaba, únicamente, prevenir una situación de iliquidez, que no existía entonces en el Banco del Iguazú.

5°) Que, según surge de autos, la actora promovió demanda contra el Banco Central y el Estado Nacional por entender que su obrar fue ilegítimo en tanto frustró –mediante la instauración de la intervención cautelar– su facultad de presentar el plan de saneamiento que le había sido requerido por resolución 640/86; y por haber omitido –durante su gestión como interventor– promover las alternativas de consolidación y acordar a la entidad las facilidades previstas por el art. 25 de la ley 22.529. Alegó también la prolongación indebida de la medida cautelar, y la posterior liquidación de la entidad, con la revocación de la autorización para operar (fs. 172 vta., 173, 213 vta.).

6°) Que, cabe recordar, que esta Corte admitió el derecho de los accionistas mayoritarios de una entidad financiera a demandar por daños y perjuicios al Banco Central cuando –con independencia de que ya no fuese posible en esa oportunidad el cuestionamiento de la legitimidad objetiva de las resoluciones de intervención cautelar y liquidación del intermediario financiero– la situación que justificó las decisiones administrativas había sido provocada, en realidad, por las propias autoridades del ente rector (doctrina de Fallos: 311:2015).

7°) Que, en orden a esta doctrina, debe destacarse que no sólo la resolución 642/86 –por la que el Banco Central dispuso la intervención cautelar del Banco del Iguazú– no fue recurrida por éste sino que tampoco la apelante ha alegado y menos probado en la causa que la situación determinante de dicha medida hubiese sido originada por la conducta de la entidad oficial. Ello, de por sí, priva de sustento a la atribución de responsabilidad efectuada con motivo de esta decisión administrativa.

8°) Que, sin perjuicio de esta dirimente circunstancia, cabe consignar que carece de sustento el reclamo formulado por la recurrente con fundamento en la existencia de un supuesto derecho adquirido de la entidad bancaria a la subsistencia de la alternativa de saneamiento a que se refiere la resolución 640/86 del Banco Central que, en su concepto, no fue respetado por éste al disponer la intervención cautelar cuando el plazo otorgado para su presentación no había aun expirado. En efecto, según surge de la misma resolución invocada por la apelante, el Banco Central podría adoptar las medidas a que hubiera lugar, contempladas por la ley 22.529, cuando considerara que la propuesta –que requería de aportes genuinos de capital– no fuese suficiente para lograr el saneamiento (punto 2.3 de la citada resolución). El ejercicio de dicha facultad no puede sino correlacionarse con la solicitud de asistencia financiera formulada por el Banco del Iguazú S.A, por nota del 7 de octubre de 1986 –que revelaba la imposibilidad de llegar al saneamiento del modo requerido– y su denegación por el ente de control (conf. punto 1 de la resolución 642/86), lo que llevó, unido a otras circunstancias, a la instauración de la intervención cautelar, con ajuste a las prescripciones del art. 24 de la ley 22.529, en salvaguarda de la propia entidad, de los derechos del Banco Central y de los terceros involucrados (punto 4 de los considerandos de la citada resolución).

9°) Que al respecto debe señalarse que es clara la ley 22.529 cuando prevé que las alternativas previstas por el Titulo I tratan sobre la regularización de entidades que presenten dificultades técnicas superables mediante los mecanismos que se utilizan normalmente a tales fines; en cambio, las aludidas en el Título II, resultan aplicables a entidades con problemas cuya solución excede las propias posibilidades (punto VI de la Exposición de Motivos de la citada ley).

En orden a esta distinción normativa, se destaca que la nota dirigida por el actor –en su condición de presidente del intermediario financiero– al Banco Central en forma inmediata al dictado de la resolución 640/86 –por la que se requirió al Banco del Iguazú S.A la presentación de un plan de saneamiento en los términos del art. 3° de la ley 22.529– denotó un cuadro de situación caracterizado por un evidente y progresivo agravamiento de las dificultades financieras de éste a medida que se operaba el vencimiento de sus obligaciones y los ahorristas decidían no renovarlas; este panorama de obligaciones a la vista o a muy breve plazo se complementaba con la circunstancia que de los préstamos interfinancieros oportunamente recibidos por ₳ 8.060.908,14, se encontraban vencidos e impagas operaciones por

₳ 3.162.691,24 al 7 de octubre de 1986, lo que dio motivo al urgente requerimiento de auxilio financiero al Banco Central, que posibilitara el funcionamiento de la entidad, ante el riesgo de caer –según lo expresado por sus autoridades– en un estado de cesación de pagos (fs. 81/84 del expediente administrativo 35294/86).

10) Que, además, esta situación quedó plasmada en la comunicación interna del 8 de octubre de 1986 que la subgerente general del banco, señora Merlo, dirigió al actor para informarle que el redescuento por iliquidez de ₳ 1.100.000, que tendría disponible el Banco del Iguazú S.A., no solucionaría el problema de caja de las distintas sucursales, que amenazaba con agravarse al día siguiente. Consignó que los fondos de la sucursal Buenos Aires estaban agotados y que existían obligaciones a afrontar por ₳ 4.991.000 (fs. 85 y 98 del citado expediente).

Por otra parte, el informe presentado en esa misma fecha por los veedores nombrados por el Banco Central en el Banco del Iguazú daba cuenta de que los fondos existentes, en conjunto, en el resto de las sucursales, no alcanzarían para afrontar los vencimientos de los depósitos los días 9, 10 y 13 de octubre de 1986; que las cámaras compensadoras del interior presentaban saldos deudores por ₳ 630.000 y la cuenta corriente de la entidad en el Banco Central registraba un descubierto de ₳ 102.205,48. Se consignó, además, que surgía de las actas labradas a diversos empleados de la entidad y de la compulsa de la cuenta corriente de Industrial Santa Catalina que gran parte de los depósitos efectuados el 6 del mismo mes –a tasa regulada y no regulada– habían sido constituidos mediante el ingreso irregular de fondos, ya que habían sido impuestos con cheques emitidos contra la cuenta corriente 2053/3, de titularidad de aquélla, que presentó, ese día, un saldo deudor de ₳ 1.882.015,09, superando un descubierto de ₳ 4.000.000.

11) Que asimismo cabe poner de relieve que la recurrente omitió la adecuada refutación de la aserción del fallo impugnado relativa a que “la ubicación del art. 24 de la ley 22.529 en el Título II de la ley, que regula la consolidación de las entidades financieras, no permite excluir de intervención con fines cautelares a las que estén en etapa de regularización reglada por el Título I”.

12) Que esta Corte afirmó que “la conveniencia de aplicar uno u otro criterio –saneamiento o consolidación– entre aquellos previstos

por el régimen legal, 'según las condiciones de solvencia en que se encuentra la entidad y las necesidades de la coyuntura económica –parámetros cuya apreciación corresponde a la entidad rectora de la política financiera y monetaria–, es uno de los temas que tradicionalmente se han considerado ajenos a la competencia de los jueces, salvo las hipótesis de arbitrariedad o violación del derecho de defensa'" (Fallos: 318:1038), supuestos estos últimos que no se presentan en el *sub examine*.

13) Que, en relación a las circunstancias que justificaron la medida cautelar dispuesta por resolución 642/86, cabe consignar que la entidad bancaria no sólo presentaba una extrema afectación de liquidez que le impedía atender normalmente las obligaciones generadas por su actividad –según ya ha sido señalado– sino que también resultó –del informe producido por los veedores– la comisión de serias irregularidades que implicaron la inobservancia de normas del Banco Central en materia de captación de depósitos. La existencia de este procedimiento irregular fue expresamente reconocido por el actor al sostener que no existía circular del Banco Central que autorizara el mercado interempresario al Banco del Iguazú ni a ningún otro banco del sistema (fs. 1256); esta operatoria de mercado interempresario –"mesa de dinero"– paralela al sistema institucionalizado, empezó con una cuenta corriente que era de la institución y que tenía el nombre de fantasía de "Industrial Santa Catalina" (fs. 1256 vta.; 1002, punto 3.); expresó que no se suministraba ninguna información al Banco Central sobre esta operatoria, por ser una actividad paralela al sistema institucionalizado (fs. 1257) y que las "mesas de dinero" que funcionan en las instituciones bancarias reportan a éstas el beneficio de aumentar la afluencia de capital, libre de las restricciones derivadas de la exigencia de "encajes mínimos" (fs. 1001/1001 vta.).

En este punto, corresponde poner de relieve que, contrariamente a lo afirmado por el apelante, la comunicación "A" 925, del 30 de septiembre de 1986, no habilitó la operatoria del "mercado interempresario". En efecto, esta norma, exigió que se institucionalizara una operatoria marginal, y fijó relaciones técnicas entre el volumen de la actividad y el capital de las entidades que lo ejercen (fs. 1282 vta., párr. 4°).

Las condiciones descriptas, hacen pertinente recordar que el art. 24 de la ley 22.529 establece que el Banco Central podrá disponer la intervención cautelar de una entidad financiera o bien cuando –a su

juicio fundado– ésta realizara actos o incurriera en omisiones que pusieran en peligro su funcionamiento o cuando se encontrara afectada su solvencia o liquidez o bien si comprobare la realización de operaciones prohibidas o limitadas.

14) Que, sin perjuicio de la limitación resultante de lo expresado en el considerando 6°, resultan insustanciales los agravios de la recurrente tendientes a desacreditar la valoración de los antecedentes fácticos que justificaron la instauración de la intervención cautelar. En efecto, la apelante expresa su discrepancia con el criterio de valoración de la cámara de los peritajes contables (fs. 607/621 vta., 659/661 vta., 1470/1480, 1560/1560 vta., 1564/1568 vta., 1673/1678 vta., 1892/1898 y 1933/1939 vta.), y aduce, sobre esa base, que la entidad presentaba un patrimonio neto positivo al 8 de octubre de 1986, que no se encontraba en cesación de pagos en ese momento y que su situación era recuperable. Al respecto cabe señalar inicialmente que al segundo dictamen pericial –cuyas conclusiones fueron especialmente tenidas en cuenta por el *a quo*– se llega como consecuencia de las múltiples impugnaciones deducidas por la demandada en relación al primero (fs. 1772/1773 vta.), cuyas conclusiones quedaron parcialmente desvirtuadas por otras posteriores, expedidas por un profesional, con específico conocimiento sobre la materia controvertida, y por el pedido de remoción planteado a fs. 1657/1657 vta.

15) Que, en orden a tales extremos, cabe destacar que el perito Bonina consignó en su dictamen que, al 30 de septiembre de 1986, el Banco del Iguazú tenía técnicamente un patrimonio neto negativo de ₳ 779.805 lo que surgía de la documentación suscripta tanto por profesionales independientes como por personal perteneciente a aquel banco y al B.C.R.A (fs. 1897 vta. y 1898). Agrega en relación a las previsiones por riesgo de incobrabilidad y cargos aplicados por el ente rector por incumplimiento de las normas técnicas, que éstos resultan razonables y aceptables, en tanto surgen de la normativa específica de la actividad y, en consecuencia, el Banco del Iguazú no podía ignorarlos o desconocer su cuantificación al confeccionar el balance (fs. 1938 vta. y 1939).

Tal razonamiento es concorde con lo expresado por esta Corte en relación a que “la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial y se caracteriza especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del Banco Central” (Fallos: 275:265, considerando 10). Ello implica el

sometimiento a un régimen jurídico que establece un margen de actuación que faculta al ente rector a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento (Fallos: 319:2658 y su cita). No es admisible entonces –como lo pretende la actora– prescindir de tales reglas específicas en el examen de la situación patrimonial de la entidad.

En este orden de ideas, debe subrayarse, además, que la entidad había conformado, con anterioridad, las previsiones por riesgo de incobrabilidad, determinadas por la inspección del Banco Central sobre la base de la normativa específica (fs. 1 y 4/5 del expediente administrativo 35.294/86); en relación a las ulteriores determinaciones, la actora no alegó ni probó que hubiese mediado apartamiento de las directrices fijadas por la legislación financiera. A este respecto debe considerarse que las reglamentaciones emitidas por el Banco Central representan, en cada caso, la exteriorización o instrumentación de criterios de política financiera y monetaria, necesariamente ligados a las condiciones de la coyuntura económica. La conveniencia o inconveniencia de tales criterios o de su aplicación en cada circunstancia histórica es un tema, en principio, ajeno a la competencia de los jueces (doctrina de Fallos: 303:1776).

En lo atinente a la cesación de pagos del banco, resulta razonable la conclusión de la cámara en el sentido que este estado tuvo su inicio con anterioridad a la intervención cautelar. La actora y su consultor técnico, por su parte, reconocieron que “la cesación de pagos del Banco del Iguazú tuvo lugar coetáneamente con la intervención cautelar de la entidad” (fs. 1923).

16) Que tampoco puede tener acogida favorable la pretensión de la apelante de atribuir responsabilidad a la entidad rectora por no haber aplicado las restantes alternativas previstas en la ley 22.529. En efecto, de los informes producidos por el delegado interventor el 20 de mayo y el 10 de agosto de 1987, surge que el accionista mayoritario del Banco del Iguazú se hallaba imposibilitado de dar cumplimiento con lo establecido por el art. 5°, de la ley 22.529, en razón de que carecía de la libre disponibilidad de las acciones, que se hallaban embargadas por el Banco de Interior y Buenos Aires. Este impedimento, de por sí, resta toda factibilidad a las propuestas y garantías ofrecidas por el señor Figueroa en sendas notas del 20 de octubre de 1986 y del

6 de noviembre del mismo año (fs. 129/131 y 134/139). Al margen de la referida falta de disponibilidad, debe destacarse que no hubo compromiso alguno en firme para la venta de acciones sino que, en un caso, se informó sobre la existencia de tratativas llevadas a cabo por el delegado interventor con el Wells Fargo Bank, cuyos representantes habrían manifestado interés por la situación actual del banco intervenido y por aportar soluciones; y en otro, mediante una carta remitida por el Banco Federal Argentino S.A., se exteriorizó un interés meramente genérico (fs. 416 del expte. administrativo 37.827/87).

Este panorama se completa, según el memorándum del 12 de junio de 1987, con otros hechos reveladores de la grave crisis de la entidad: a) los embargos sobre el efectivo de ésta ascendían a ₳ 5.374.638 (fs. 120/125 del expediente administrativo 35.294/86) y tres bienes de propiedad del banco se hallaban, también, en tal condición; b) desde marzo de 1987, el patrimonio neto de la entidad era negativo, aún sin considerar los cargos e intereses por descubierto en la cuenta corriente de ésta en el Banco Central (fs. 404 del expte. administrativo precitado; c) la intervención cautelar fue ampliada, por resolución 640/87 del 23 de septiembre de 1987, por el plazo de treinta días al solo efecto de resolver la situación de la entidad, ya que las dependencias técnicas habían ya propiciado la revocación de su autorización para funcionar (fs. 418 del expte. administrativo); d) la sugerencia efectuada por la delegación interventora sobre la conveniencia de que el Banco Central emplazara al "Grupo Figueroa" a regularizar las operaciones pendientes del "mercado interempresario" como un recurso para reactivar la entidad, fue desestimada por las instancias superiores del ente de control por tratarse de la cancelación de obligaciones con causa fuente ilícita; e) se descartó, asimismo, el otorgamiento de un redescuento como capital de trabajo, en razón de que el apoyo ya brindado por la institución rectora alcanzaba a ₳ 47.851.951; f) la responsabilidad patrimonial computable de la entidad era negativa al 22 de julio de 1987 en ₳ 20.830.500, aun descontando los cargos e intereses por descubierto.

17) Que, también, tiene dicho esta Corte que la liquidación de entidades puede ser dispuesta sin más trámite por el Banco Central de la República Argentina, con revocación de la autorización para funcionar o sin ella, cuando se considere –entre otros supuestos– no viable o fracasada la alternativa de consolidación (doctrina de Fallos: 308:2411 y 318:1038).

Bajo tal premisa, y sin perjuicio de lo expresado en los considerandos 6° y 19, cabe concluir que no se encuentra acreditada en autos que la decisión liquidatoria, adoptada por resolución 641/87, resultara arbitraria o irrazonable

18) Que, por otra parte, es útil recordar lo establecido por esta Corte en Fallos: 318:1038 en el sentido que sólo en la medida en que la entidad financiera conserve la posibilidad de seguir operando conforme su objeto, se justificará el otorgamiento por parte del Banco Central de las facilidades que enuncia el art. 25 de la ley 22.529.

19) Que, finalmente, cabe señalar que la legitimidad de la resolución 641/87, por la que el Banco Central dispuso la revocación de la autorización para funcionar y la liquidación del Banco del Iguazú S.A., quedó confirmada por la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, en autos "Banco del Iguazú s/ apelación resolución 641/87 del B.C.R.A" del 27 de junio de 1994, que se encuentra firme.

20) Que, de igual modo, es inadmisible la pretensión de la recurrente relativa a un reclamo resarcitorio fundado en la actuación lícita del Estado. Al respecto, las circunstancias precedentemente examinadas conducen a confirmar el criterio del *a quo* en cuanto a que la causa generadora del daño cuya reparación persigue la actora, no es atribuible sino a hechos que son imputables a la administración llevada a cabo por las autoridades estatutarias del Banco del Iguazú. Al respecto basta remitirse, en especial, a la nota remitida por el actor al Banco Central el 7 de octubre de 1986 y a la reconocida implementación de una operatoria marginal ("mercado interempresario" o "mesa de dinero"). Ello impide tener por cumplido –como adecuadamente lo señaló la cámara– uno de los presupuestos de la pretensión indemnizatoria, según lo ha establecido conocida jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 312:1656, entre muchos otros), como lo es el relativo a la imputabilidad jurídica de los daños a la demandada. Lo expuesto hace inoficiosa la formulación de otras consideraciones al respecto.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso ordinario interpuesto por **Eduardo Antonio Figueroa,** representado por el Dr. **José María Monferrán,** con el patrocinio del Dr. **Mariano A. Cavagna Martínez.**
Traslado contestado por **el Banco Central de la República Argentina y Estado Nacional,** representado por la Dra. **Liliana G. E. García,** patrocinado por los Dres. **Marcos E. Moiseeff y Marta E. García.**
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° 6.**

GREGORIO PORFIDIO FERREYRA v. MASTELLONE HNOS. S.A.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

El art. 39, inc. 1°, de la Ley de Riesgos del Trabajo es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, de aquélla pues, siendo de aplicación el principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, no debe resultar precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.
–Del precedente "Aquino", al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de indemnización por incapacidad teniendo en cuenta el precedente de la Corte respecto de la constitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 si en el caso se produjo prueba relevante acerca de la posible configuración de los presupuestos fácticos y jurídicos para la procedencia del reclamo (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 38, inc. 1, de la ley 24.557 –en cuanto exime al empleador de responsabilidad civil– si, habiéndose probado la diversidad de daños irrogados a la víctima en relación causal adecuada con el accidente por el que reclamó, ellos resultan insuficientemente reparados por el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo en medida tal que importa la frustra-

ción de la finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica del trabajador (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Ferreyra, Gregorio Porfidio c/ Mastellone Hnos. S.A. s/ accidente – acción civil".

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte presentan sustancial analogía con las debatidas y resueltas en la causa A.2652.XXXVIII. "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688", sentencia del 21 septiembre de 2004. Luego, los que suscriben remiten a sus votos, en 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 (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal anterior a efectos de que, según corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese copia del pronunciamiento al cual se ha hecho referencia. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que contra la sentencia de la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que, al revocar la de primera instancia, re-

chazó la demanda de indemnización por incapacidad, la parte actora interpuso el recurso extraordinario que fue concedido.

Para así resolver, el *a quo* tuvo en cuenta –en síntesis y en lo sustancial– el pronunciamiento dictado por esta Corte en el caso de Fallos: 325:11 respecto de la constitucionalidad del art. 39, ley 24.557. Sin embargo, a diferencia de lo acontecido en aquel caso, en el *sub examine* se produjo prueba relevante acerca de la posible configuración de los presupuestos fácticos y jurídicos para la procedencia del reclamo, lo cual debió ser objeto de evaluación por la cámara.

Que, en tales condiciones, las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran suficiente respuesta en lo debatido y resuelto en la causa A.2652.XXXVIII. "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente ley 9688", sentencia del 21 de septiembre de 2004 (voto de los jueces Belluscio y Maqueda), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, en 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 (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal anterior a efectos de que, según corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese copia del pronunciamiento al cual se ha hecho referencia. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por **Gregorio Porfidio Ferreyra,** representado por el Dr. **Esteban L. Villanueva.**
Traslado contestado por la demandada: **Mastellone Hnos. S.A.,** representada por el Dr. **Martín Basualdo.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 4.**

FELICITA SILGUERO AGUERO v. EMBAJADA DE PORTUGAL

INMUNIDAD DE JURISDICCION.

La ley 24.488 de inmunidad de jurisdicción, al adoptar la tesis restrictiva, dispone en el art. 2°, inc. d, que los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad

"cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional.

INMUNIDAD DE JURISDICCION.

La redacción del art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58 no conduce necesariamente a inferir la adopción de la teoría clásica o absoluta, ni tampoco introduce textualmente la distinción entre actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano –*iure imperii*– y actos de índole comercial o de derecho privado –*iure gestionis*– y esto no ha sido modificado por la vigencia de la ley 24.488, que recogió la tesis restringida, lo que no implica que se haya derogado el régimen del decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, sino que éste continúa vigente a efectos de regular la eficaz traba de la litis.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó la excepción de incompetencia deducida por la Embajada de la República de Portugal (fs. 69/70 y 83). Para así concluir, en suma, con cita, entre otros antecedentes, de Fallos: 317:1880 y del artículo 2°, inciso d, de la ley N° 24.488, dijo que los estados extranjeros no se hallan habilitados para alegar inmunidad de jurisdicción cuando son demandados, entre otros ítems, por cuestiones de naturaleza laboral (fs. 91/92).

Contra dicha resolución, la reclamada dedujo recurso extraordinario (fs. 95/104), que fue concedido con fundamento en que la cuestión debatida compromete un principio elemental de la ley de las naciones y la inteligencia de la ley N° 24.488 (v. fs. 108).

– II –

En síntesis, la recurrente arguye la existencia de un asunto federal de los cifrados en la normativa del artículo 14, incisos 1° y 3°, de la

ley N° 48, fundada, a su turno, en los artículos 16 y 17 de la ley N° 48, 24, inciso 1°, del decreto-ley N° 1285/58; 2, incisos c), d), f) y g), de la ley N° 24.488; 43 y 57 del Tratado de Viena sobre relaciones consulares y reglas concordantes de su equivalente sobre relaciones diplomáticas. Cita el antecedente de Fallos: 317:1880.

Expresa, además, que la decisión es arbitraria puesto que se aparta de la preceptiva aplicable e interpreta irrazonablemente el artículo 2° de la ley N° 24.488, con lo que incurre, también, en una hipótesis de exceso ritual manifiesto y trascendencia institucional.

Postula, en definitiva, que la decisión rescisoria producida en orden a la actora se inscribe en el contexto del accionar *iure imperii* de la demandada, en tanto hace a la preservación de la seguridad e intimidad de la misión y su titular, afectada por el accionar indebido de la accionante. Asevera que, en el citado marco, se revela ostensible que lo contendido concierne al normal desenvolvimiento de la representación diplomática, cuya inmunidad se vería gravemente afectada si tribunales de otro país pudieran juzgar la existencia de un compromiso para la seguridad y reserva del Estado acreditado. Descarta por las razones expuestas someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales (fs. 95 /104).

– III –

En lo que interesa, la actora, ex-dependiente de la Embajada de la República de Portugal, inició reclamo en concepto de despido y rubros derivados de las leyes N° 20.744 y 24.013, ante la Justicia Nacional del Trabajo. Dice haber desempeñado tareas de limpieza y generales para el empleador, ser de nacionalidad paraguaya y residir en nuestro país (fs. 7/11).

Frente a ello, la demandada opuso excepción de incompetencia de los tribunales locales y, en subsidio, la incompetencia de los jueces nacionales ordinarios. Con el mismo alcance, contestó la demanda, dedujo defensa de pago en relación a varios de los rubros incluidos en el reclamo y se opuso a la aplicación de la ley N° 24.013 (v. fs. 49/60).

La juez de grado, en consonancia con el dictamen fiscal, rechazó la pretensión de la Embajada, basada en el precedente de Fallos: 317:1880 (v. fs. 68, 69/70 y 83), dando así origen, apelación mediante (v. fs. 73/80), al pronunciamiento en crisis (fs. 91/92).

– IV –

Como bien lo expresa en su dictamen el Señor Fiscal General del Trabajo (v. fs. 91), cuyos fundamentos se comparten, el caso guarda analogía substancial con el examinado en Fallos: 323:959, a cuyos términos y consideraciones corresponde remitir, en todo lo pertinente, en razón de brevedad (v., además, Fallos: 317:1880 y 321:2434).

Por ende, aprecio que corresponde admitir el recurso y confirmar la sentencia. Buenos Aires, 18 de mayo de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Silguero Agüero, Felicita c/ Embajada de Portugal s/ despido".

Considerando:

1°) Que los agravios del recurrente encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que a esas conclusiones cabe agregar que no asiste razón al recurrente cuando sostiene que una interpretación estricta del art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58 conduce a la inaplicabilidad del art. 2 de la ley 24.488.

3°) Que el citado art. 24 dispone: "No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio".

Por su parte la ley 24.488 guarda silencio respecto al modo de notificación de la demanda contra un Estado extranjero.

4°) Que en Fallos: 317:1880 esta Corte sostuvo que la redacción del citado art. 24 no conduce necesariamente a inferir la adopción de la teoría clásica o absoluta, ni tampoco introduce textualmente la distinción entre actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano –*iure imperii*– y actos de índole comercial o de derecho privado –*iure gestionis*–. Sin embargo, se pronunció en favor de la segunda hipótesis, al expresar que no resultaba aplicable la *ratio* del art. 24, inc. 1, por no encontrarse en tela de juicio un acto de gobierno, ya que la controversia traída a conocimiento del Tribunal se refería al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que en modo alguno podían afectar el normal desenvolvimiento de la embajada.

5°) Que esta doctrina no ha sido modificada por la vigencia de la ley 24.488, que recogió la tesis restringida. Empero ello no implica que se haya derogado el régimen del decreto-ley 1285/58, art. 24, inc. 1, sino que éste continúa vigente a efectos de regular la eficaz traba de la *litis*.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **embajada de la República de Portugal,** representada por el Dr. **Fernando A. Font,** con el patrocinio del Dr. **Eugenio S. Maurette.** Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 14.**

DRAGADOS Y OBRAS PORTUARIAS S.A. v. M.C.B.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Los recursos extraordinarios contra la sentencia que redujo los honorarios son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos locales en general.

La ley 23.982, en cuanto sea de aplicación en el ámbito de la Capital Federal, ha sido dictada en ejercicio de facultades legislativas que corresponden al Congreso en los términos del art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional y, en consecuencia, reviste el carácter de derecho público local, materia ajena –por principio y naturaleza– al recurso extraordinario, máxime cuando la decisión se sustenta en argumentos suficientes que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la fundamentación normativa.

Si bien lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias es materia extraña, por principio, a la vía del art. 14 de la ley 48, se justifica la excepción a esta doctrina, en aquellos casos en que se ha omitido la indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de la causa y cuando la solución del *a quo* no permite referir concretamente la regulación al arancel (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

Dictámenes de la Procuración General

Suprema Corte:

La cuestión debatida en el *sub lite* es sustancialmente análoga a la que esta Procuración General tuvo oportunidad de examinar en el dictamen del día de la fecha, *in re*: D.425, L.XXXVII, “Dragados y Obras Portuarias S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, en lo que fueren aplicables al *sub examine*, opino que corresponde declarar formalmente inadmisible el recurso extraordinario interpuesto. Buenos Aires, 16 de septiembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

Suprema Corte:

– I –

A fs. 56/57 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala "H"), al revocar el pronunciamiento de primera instancia, redujo los honorarios regulados al letrado patrocinante de la actora y dispuso que, en cuanto a su percepción, se ajuste a lo establecido por el art. 22 de la ley 23.982, por tratarse de un crédito de causa posterior al 1° de abril de 1991.

Para así decidir –en lo que aquí interesa– entendieron sus integrantes que, si bien el procedimiento seguido para el cobro del crédito en el *sub lite* no se ciñe al previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la ejecución de sentencias –como un proceso independiente que exige la citación del ejecutado (art. 505) y que requiere un pronunciamiento propio (art. 508)–, se configura en la especie una suerte de "ejecución con características especiales" a la cual cabe aplicar, analógicamente, la ley 23.982 y los decretos 2140/91 y 1639/93. Por otra parte –dijeron– debe tenerse en cuenta que, aun cuando la demandada se rige por la ley 23.982 y el trámite seguido para el cobro del crédito es de carácter administrativo, las tareas realizadas por el profesional generan, de igual modo, derecho a retribución pues, de lo contrario, se le estaría imponiendo una carga pública.

Sentado lo expuesto, entendieron que la deuda motivo de ejecución, al no estar consolidada, por ser de causa o título posterior al 1° de abril de 1991, le es aplicable el art. 22 de la ley 23.982, toda vez que se refiere a los créditos no alcanzados por el nuevo régimen. Aclararon, además, que el procedimiento diferido del pago que tal artículo establece halla su justificativo en la necesidad del obligado de efectuar la previsión presupuestaria correspondiente y no en la consolidación.

Finalmente, concluyeron que, sobre la base de las facultades que les atribuye el art. 13 de la ley 24.432, no pueden aplicarse al *sub lite* los montos y porcentuales mínimos previstos en las leyes de aranceles, o en su caso, en las disposiciones legales que, de modo habitual, se emplean analógicamente en los procesos de ejecución, pues se quebraría la proporcionalidad que debe existir entre la importancia del trabajo cumplido y la retribución por tal tarea.

– II –

Disconforme con tal pronunciamiento, la Ciudad de Buenos Aires interpuso el recurso extraordinario de fs. 105/112, que fue concedido en tanto se cuestiona la inteligencia del art. 22 de la ley 23.982 y denegado respecto de la tacha de arbitrariedad, sobre la cual se deduce la presente queja.

Afirma, en primer lugar que, la decisión es arbitraria porque se basa en argumentos que, por su excesiva amplitud, no otorgan un fundamento jurídico que permita controlarla como acto judicial válido. Por otra parte, expresa que, si se tiene en cuenta que los honorarios regulados corresponden a la gestión del pago de bonos de consolidación del Estado Nacional, el *a quo* interpretó de modo erróneo la ley 23.982, toda vez que ella no contempla la posibilidad de que el acreedor de una obligación consolidada pueda ejecutar al ente deudor.

Sostiene que la resolución apelada afecta la realidad económica, porque, en el mejor de los casos, habría correspondido evaluar cada uno de los trabajos realizados por el letrado, quien en la contestación del traslado de los agravios del Gobierno de la Ciudad, enumera 31 escritos, 12 cédulas y 18 oficios. Desde esa perspectiva, considera que es arbitraria y afecta su derecho de propiedad, en razón de que por cada una de las actuaciones indicadas se habrían regulado aproximadamente $ 13.100 –incluyendo cédulas y oficios– monto que, a su juicio, es irracional, injustificado y desproporcionado.

A mayor abundamiento, considera que el *a quo* se excedió al ponderar los trabajos realizados ya que, según el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el proceso de ejecución de sentencia se divide en dos etapas, de las cuales el letrado sólo cumplió con la presentación del escrito de inicio de la primera.

– III –

Ante todo, cabe señalar que la resolución atacada, aun cuando decide acerca de cuestiones suscitadas en el marco del trámite de ejecución de sentencia, es equiparable al pronunciamiento definitivo exigido por el art. 14 de la ley 48, pues la apelante se encuentra impedida en el futuro de replantear sus quejas al respecto, lo cual le ocasiona un agravio de imposible reparación ulterior (Fallos: 322:1318).

– IV –

Sentado lo anterior, a mi modo de ver, el recurso extraordinario ha sido mal concedido por el *a quo* y debe ser desestimado, toda vez que, V.E. tiene dicho que la ley 23.982, en cuanto sea de aplicación en el ámbito de la Capital Federal, ha sido dictada en ejercicio de facultades legislativas que corresponden al Congreso en los términos del art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional y, en consecuencia, reviste el carácter de derecho público local (Fallos: 318:1357 y sus citas), materia ajena –por principio y naturaleza– al recurso extraordinario. Máxime, cuando la decisión en este aspecto se sustenta en argumentos suficientes que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad invocada (confr. doctrina de Fallos: 324:1994 y sus citas).

Por otra parte, cabe recordar que, lo atinente a los honorarios regulados en las instancias ordinarias es también materia extraña, por principio, a la vía del art. 14 de la ley 48, toda vez que la determinación del monto del litigio, la apreciación de los trabajos cumplidos y la interpretación y aplicación de las normas arancelarias no son, como regla, en razón del carácter fáctico y procesal, susceptibles de tratamiento en la instancia extraordinaria (confr. doctrina de Fallos: 325:848 y sus citas). Sin embargo, también V.E. ha sostenido que se justifica la excepción a esta doctrina, en aquellos casos en que –como acontece en el *sub lite*– se ha omitido la indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de la causa y cuando la solución del *a quo* no permite referir concretamente la regulación al arancel, pues de ese modo el pronunciamiento se torna descalificable como acto judicial (confr. doctrina de Fallos: 308:1079 y sus citas).

En efecto, las pautas que la Cámara manifestó ponderar, resultan insuficientes para sustentar su pronunciamiento, desde que el juzgador, además de no expresar sobre qué base regulaba los honorarios, ni precisar los criterios empleados para fijarlos, tampoco dio razón suficiente para rechazar el planteo de la demandada respecto de que el letrado de la actora no había cumplido con la primera etapa del proceso de ejecución, sino sólo con una quinta parte de ella. En tal sentido, estimo que debió proporcionar fundamentos circunstanciados de la afirmación sobre la cual basó su decisión y que permitan determinar el modo en que fueron aplicadas las normas que cita, para relacionarlas con el importe regulado.

Lo expuesto, a mi juicio, autoriza a descalificar el fallo en los términos de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que la falta de fundamento del decisorio impugnado traduce la violación de la garantía del debido proceso del justiciable (art. 18 de la Constitución Nacional), sin que ello implique abrir juicio sobre la base regulatoria, ni respecto de las normas aplicables, ni sobre la razonabilidad de la regulación definitiva.

– V –

Opino, por tanto, que corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 56/57 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones para que se dicte una nueva de acuerdo a derecho. Buenos Aires, 16 de septiembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

Suprema Corte:

– I –

A fs. 56/57 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala "H"), al revocar el pronunciamiento de primera instancia, redujo los honorarios regulados al letrado patrocinante de la actora y dispuso que, en cuanto a su percepción, se ajuste a lo establecido en el art. 22 de la ley 23.982, por tratarse de un crédito de causa posterior al 1° de abril de 1991.

Para así decidir –en lo que aquí importa– sus integrantes señalaron que, aun cuando la ley de aranceles no prevé el procedimiento de regulación por la etapa de ejecución de sentencia, entendieron –con apoyo en el art. 6° inc. c) de la ley 21.839, modificado por el art. 12 inc. d) de la ley 24.432– que los honorarios deben ponderarse sobre los trabajos realizados, el resultado obtenido y la vinculación entre la gestión profesional y la efectiva satisfacción del crédito. Añadieron que, sin perjuicio de lo expuesto, además del monto del pleito existen en la ley de arancel un conjunto de pautas generales que constituyen la guía para fijar una retribución justa y razonable, de modo tal que la regulación no dependa exclusivamente de las escalas arancelarias, pudiendo los jueces apartarse de ellas con fundamento en la excesiva

onerosidad, cuando –como acontece en el caso– existen disposiciones legales que justifican dicho apartamiento.

A tal efecto, entendieron aplicable el art. 13 de la ley 24.432, que faculta a los jueces a regular honorarios "*sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos ... cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder*".

Desde esa perspectiva, concluyeron que en el *sub lite* no podían aplicarse los montos y porcentuales mínimos contenidos en la ley de aranceles, o en su caso, las disposiciones legales que, de modo habitual, se emplean analógicamente en los procesos de ejecución, pues se quebraría la proporcionalidad que debe existir entre la importancia del trabajo cumplido y la retribución por tal tarea.

– II –

Disconforme con tal pronunciamiento, el beneficiario de los honorarios dedujo el recurso extraordinario (fs. 62/77), cuya denegatoria da lugar a la presente queja.

Afirma que la decisión del *a quo* es arbitraria, porque omitió transcribir la condición a la cual el art. 13 de la ley 24.432 sujeta el ejercicio de la facultad otorgada a los jueces para apartarse de los mínimos arancelarios, en cuanto establece que "...*la resolución que así lo determine deberá indicar, bajo pena de nulidad, el fundamento explícito y circunstanciado de las razones que justificaren tal decisión*". En ese sentido, sostiene que el pronunciamiento carece de fundamentación y regula una cifra alejada de la realidad económica, de las tareas realizadas –en extensión, eficacia, calidad, complejidad y diligencia– y de los intereses debatidos en la causa.

Además, puntualiza que la sentencia impugnada no modificó las pautas fijadas por el juez de primera instancia, pues los criterios empleados sobre el monto o base de la regulación y la escala aplicable fueron idénticos a los allí utilizados, razón por la cual debió demos-

trarse la escasa complejidad de la causa o que las tareas se limitaron a la presentación de unos pocos escritos de breve extensión u otras circunstancias, para reducirlos en 90% y regularlos en 7 veces por debajo del mínimo de la escala.

– III –

En primer término, cabe señalar que la resolución atacada, aun cuando decide acerca de cuestiones suscitadas en el marco del trámite de ejecución de sentencia, es equiparable al pronunciamiento definitivo exigido por el art. 14 de la ley 48, pues el apelante se encuentra impedido en el futuro de replantear sus quejas al respecto, lo cual le ocasiona un agravio de imposible reparación ulterior (Fallos: 322:1318).

– IV –

Sentado ello, cabe recordar que V.E. tiene dicho que, en principio, las cuestiones referentes a los honorarios regulados en las instancias ordinarias, a la determinación del interés comprometido en el juicio y a las bases adoptadas para tal fin, así como la interpretación y aplicación de las normas arancelarias, son –en virtud del carácter fáctico, de derecho común y procesal– materia extraña a la vía del art. 14 de la ley 48 y, en consecuencia, ajenas al recurso extraordinario. Sin embargo, tal circunstancia no constituye óbice para invalidar lo resuelto cuando –como acontece en el *sub lite*–, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), se ha prescindido de un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y las normas aplicables (Fallos: 315:2651; 319:722; 320:1680, entre otros).

En efecto, el Tribunal sostuvo en Fallos: 322:723 que el art. 13 de la ley 24.432, al facultar a los jueces a regular honorarios sin atenderse a montos o porcentajes mínimos, exige que la resolución que lo disponga exprese "bajo sanción de nulidad" el fundamento circunstanciado de las razones que lo justifican. Y, consideró que ello es así porque "*...los términos empleados por el legislador en la concepción de la norma aplicada, de los que resulta la exigencia de prudencia al juez en la determinación del honorario en las circunstancias reseñadas, obstan a interpretar que haya sido intención de aquél dejar librado al mero arbitrio de éste, la posibilidad de fijar un*

estipendio desvinculado de las constancias de la causa" (confr. considerando 7° del Fallo citado).

A mi modo de ver, la exigencia impuesta por la norma y la jurisprudencia de V.E. no ha sido adecuadamente cumplida en el *sub lite*, toda vez que el *a quo*, al afirmar que eran excesivos los aranceles regulados en primera instancia omitió señalar, fundada y circunstanciadamente, los motivos por los cuales consideraba carente de importancia el asunto debatido en la etapa de ejecución de sentencia o que tal temperamento se justificaba en la naturaleza, el alcance, el tiempo, la calidad o el resultado de la tarea realizada, o en el valor de los bienes.

En efecto, tras efectuar diversas consideraciones a propósito de los parámetros a tener en cuenta para la regulación de honorarios y transcribir parcialmente el artículo citado, concluyó que "*de aplicarse los montos y porcentuales mínimos contenidos en la ley de arancel, o en su caso, las disposiciones legales que este Tribunal analógicamente utiliza en procesos de ejecución, se quebraría la proporcionalidad que debe existir entre la importancia del trabajo cumplido y la retribución por tal tarea*" (confr. fs. 57 vta.).

La amplitud de tales expresiones soslaya la apreciación rigurosa y circunstanciada de los fundamentos que la norma exige y que condicionan la facultad de los jueces para regular los honorarios por debajo de los mínimos arancelarios, los cuales V.E. encareció en el precedente *supra* citado. En tales condiciones, el tribunal *a quo* omitió "*analizar la eventual posibilidad de que dicho temperamento no fuera compatible con los fines de la norma que, así interpretada, puede conducir a estipendios que carezcan de toda relación con el asunto debatido y, en consecuencia, habiliten resultados tan desproporcionados como el que mediante esa disposición el legislador quiso evitar*" (confr. considerando 5° del Fallo citado).

Finalmente, pienso que no resulta ocioso hacer la salvedad de que, aun cuando la falta de fundamento del decisorio impugnado traduzca, en mi criterio, como se dijo, la violación de la garantía del debido proceso del justiciable (art. 18 de la Constitución Nacional) por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa, ello no implica abrir juicio sobre el monto de los honorarios que, en definitiva, corresponda regular.

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 56/57 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones para que se dicte una nueva resolución de acuerdo a derecho. Buenos Aires, 16 de septiembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Dragados y Obras Portuarias S.A. c/ M.C.B.A. s/ ejecución de sentencia – incidente civil".

Considerando:

Que los recursos extraordinarios y las quejas son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima el recurso extraordinario y las quejas. Con costas. Declárase perdido el depósito de fs. 1 del recurso de hecho D.431.XXXVII. e intímese al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a hacer efectivo 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 (confr. fs. 58 del recurso de hecho D.425.XXXVII). Notifíquese, tómese nota por Mesa de Entradas, devuélvase el principal y archívense las quejas.

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

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que esta Corte comparte los argumentos y conclusiones de los dictámenes del Procurador General de la Nación, a los cuales se remite por razones de brevedad.

Por ello, se declara mal concedido el recurso extraordinario del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto a la aplicación de la ley 23.982, se hace lugar a las quejas y a los recursos extraordinarios deducidos respecto de la regulación de honorarios, y se deja sin efecto la sentencia de fs. 56/57 en cuanto fue materia de dichos recursos. Reintégrese el depósito de fs. 1 del recurso de hecho D.431.XXXVII y exímese al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de efectuar 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 (conf. fs. 58 del recurso de hecho D.425.XXXVII). Notifíquese, agréguense las quejas al principal, y oportunamente vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. Costas por su orden (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario y recurso de hecho interpuestos por la **Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires** demandado en autos representado por la Dra. **Ana María Stodart,** con el patrocinio de los **Dres. Juan Carlos López, Víctor Zamenfeld y Norberto Osvaldo Josovich.**
Recurso extraordinario y recurso de hecho interpuesto por el **Dr. Pablo G. López Ruf,** por derecho propio, con el patrocinio del **Dr. Mariano Augusto Cavagna Martínez y José María Monferrán.**
Traslado contestado por **el Estado Nacional,** representado por la Dra. **María Cecilia Pintos Prat; el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires,** representado por la Dra. **Ana María Stodart,** con el patrocinio de los Dres. **Juan Carlos López y Víctor Zamenfeld;** y el **Dr. Pablo G. López Ruf,** por su propio derecho, patrocinado por los **Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez y José María Monferrán.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 2.**

EDUARDO CARLOS GREEN Y OTROS

RECURSO DE QUEJA: Trámite.

En razón de que podría encontrarse prescripta la acción de los autos principales, corresponde ordenar la suspensión del trámite del recurso de queja a las resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Habida cuenta la vigencia de la ley 25.990 (B.O. 10/1/05), considero menester –por razones de orden público–, decir de la posible prescripción de la acción penal que se habría operado en relación al delito de evasión fiscal que se le endilga al imputado Leonardo Simón Cupcham.

Sobre el particular, desde el día 2 de octubre de 1997 –fecha en la que se presentó la acusación fiscal– hasta la sentencia condenatoria del día 5 de julio de 2004, habría transcurrido, en principio, el plazo establecido por el artículo 62, inciso 2°, del Código Penal para la especie de delito de que se trata.

En estos términos, correspondería ordenar la suspensión del trámite del presente recurso de queja a las resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa. Buenos Aires, 28 de marzo de 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que en razón de que podría encontrarse prescripta la acción en los autos principales, corresponde ordenar la suspensión del trámite del presente recurso de queja a las resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa.

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se resuelve: Suspender el trámite de este recurso de queja, hasta la resolución definitiva de la cuestión de prescripción. Notifíquese, devuélvanse los autos principales al tribunal de origen, con copia de la presente resolución.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Leonardo Simón Cupcham,** representado por los Dres. **Zenón A. y Federico Ceballos.**
Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara en lo Penal Económico.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado en lo Penal Económico N° 5.**

LILIANA GALEANO Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Juicio.

La decisión del superior tribunal provincial que rechazó el recurso de reposición contra la resolución mediante la cual se dispuso la cesantía de un juez fue dictada en actuaciones de superintendencia que no constituyen como regla el juicio al que se refiere el art. 14 de la ley 48, ni se advierte que por ese medio se vulnere en forma irreparable derecho federal alguno, pues el recurrente omitió demostrar que la resolución administrativa no es susceptible de revisión por vía de acción u otro recurso.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Luis Antonio Kenyuk en la causa Galeano, Liliana y Báez, Jorge s/ pone en conocimiento actuaciones Luis Antonio Kenyuk", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que contra la resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, que rechazó el recurso de reposición deducido por Luis Antonio Kenyuk contra la resolución de fs. 4/5 vta., mediante la cual dicho tribunal dispuso la cesantía del nombrado del cargo de juez de paz suplente de la localidad de San José, de esa provincia, el interesado interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja.

Que la decisión del tribunal ha sido dictada en actuaciones de superintendencia que no constituyen como regla –el juicio al que se refiere el art. 14, de la ley 48 (Fallos: 308:665, y sus citas; 323:672), ni se advierte que por ese medio se vulnere en forma irreparable derecho federal alguno, pues el apelante omitió demostrar que la resolución administrativa no es susceptible de revisión por vía de acción u otro recurso (Fallos: 292:565). Por ello, se desestima la queja. Hágase saber y, oportunamente, archívese.

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

Recurso de hecho interpuesto por **Luis Antonio Kenyuk,** patrocinado por los Dres. **Gustavo A. Ochoa y Medardo G. Pérez.**
Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones.**

MARIA JEANNERET DE PEREZ CORTES

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

Es improcedente la intervención de la Corte Suprema en los términos del art. 24, inc. 7, del decreto ley 1285/58, si la presentación no plantea un conflicto jurisdiccional entre dos jueces o tribunales que carezcan de órgano superior jerárquico común, ni un supuesto de privación de justicia.

EXCUSACION.

El único órgano habilitado para admitir o rechazar la recusación o excusación, es la sala de la cámara de apelaciones a la que pertenecen los excusados, sin que resulte ajustado a derecho el procedimiento que pretende plantear contienda respecto de tal decisión ante la Corte Suprema que, de lo contrario, debería conocer en todas las incidencias de recusación o excusación que pudieran plantear las partes o los propios jueces.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

No existe un conflicto jurisdiccional que determine la intervención de la Corte en los términos del art. 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58, puesto que ello presupone, una contienda entre dos tribunales o jueces; ni se ha configurado un supuesto de privación de justicia que justifique dejar de lado la regla aplicable para asuntos de esta naturaleza, con arreglo a la cual estas cuestiones deben ser decididas por la cámara de apelaciones a la que pertenecen los jueces excusados (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y E. Raúl Zaffaroni).

EXCUSACION.

El rechazo de la pretensión de que la Corte Suprema resuelva con respecto a la excusación de una magistrada, no obsta a lo que este Tribunal pueda decidir si alguno de sus integrantes se excusara, o fuera recusado, por encontrarse en una situación análoga a la de la jueza; como así tampoco a lo que corresponda resolver en el caso de que el planteo, con respecto a la recusación de un juez de las instancias ordinarias, fuese traído a conocimiento de la Corte por la vía del recurso del art. 14 de la ley 48 (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y E. Raúl Zaffaroni).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que la presentación de fs. 94/96 no plantea un conflicto jurisdiccional entre dos jueces o tribunales que carezcan de órgano superior jerárquico común, ni un supuesto de privación de justicia. Por tanto, la intervención de este Tribunal en los términos del art. 24, inc. 7, del decreto ley 1285/58, resulta improcedente.

Que según lo ha decidido esta Corte, el único órgano habilitado para admitir o rechazar la recusación o excusación, es la sala de la cámara de apelaciones a la que pertenecen los excusados, sin que resulte ajustado a derecho el procedimiento que pretende plantear contienda respecto de tal decisión ante el Tribunal que, de lo contrario, debería conocer en todas las incidencias de recusación o excusación que pudieran plantear las partes o los propios jueces (Fallos: 319:758).

Por ello, se desestima la presentación efectuada. Notifíquese y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que no existe en el caso un conflicto jurisdiccional que determine la intervención de esta Corte en los términos del art. 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58, puesto que ello presupone, a diferencia de lo que aquí acontece, una contienda entre dos tribunales o jueces; ni se ha configurado en el *sub lite* un supuesto de privación de justicia que justifique dejar de lado la regla aplicable para asuntos de esta natura-

leza, con arreglo a la cual estas cuestiones deben ser decididas por la cámara de apelaciones a la que pertenecen los jueces excusados (Fallos: 319:758; entre otros).

Que lo expresado con relación al rechazo de la pretensión esgrimida por la magistrada, no obsta a lo que este Tribunal pueda decidir si alguno de sus integrantes se excusara, o fuera recusado, por encontrarse en una situación análoga a la de la Dra. Pérez Cortés; como así tampoco a lo que corresponda resolver en el caso de que el planteo, con respecto a la recusación de un juez de las instancias ordinarias, fuese traído a conocimiento de la Corte por la vía del recurso del art. 14 de la ley 48.

Por ello, se desestima la presentación efectuada. Notifíquese y archívese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que según lo decidido por esta Corte, el único órgano habilitado para admitir o rechazar la recusación o excusación, es la sala de la cámara de apelaciones a la que pertenecen los excusados, sin que resulte ajustado a derecho el procedimiento que pretende plantear contienda respecto de tal decisión ante el Tribunal que, de lo contrario, debería conocer en todas las incidencias de recusación o excusación que pudieran plantear las partes o los propios jueces (Fallos: 319:758).

Por ello, se desestima la presentación efectuada. Notifíquese y archívese.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

PVA presentada por la Dra. **Jeanneret de Pérez Cortés.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.**

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

La concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial, en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegada.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

A diferencia de los ordenamientos procesales derogados, el legislador ha omitido referencias tasadas sobre el concepto de pobreza, pues éste, por ser contingente y relativo, presenta insalvables dificultades para ser definido con un alcance genérico que abarque la totalidad de las diferentes circunstancias que puedan caracterizar a los distintos casos por resolver. En suma, en cada situación concreta, el Tribunal deberá efectuar un examen particularizado a fin de determinar la carencia de recursos o la imposibilidad de obtenerlos de quien invoque el beneficio para afrontar las erogaciones que demande el proceso en cuestión.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

El beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional), pues por su intermedio se asegura el acceso a la administración de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes. Empero, no debe olvidarse que frente a los intereses del peticionario se hallan los de su contraria, tan respetables como los de aquél, los que podrían verse conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Autos y Vistos: Para resolver sobre el pedido de beneficio de litigar sin gastos efectuado a fs. 1/2.

Considerando:

1°) Que la actora promueve este incidente a fin de que se le conceda el beneficio de litigar sin gastos previsto por los arts. 78 y siguien-

tes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para poder proseguir la demanda promovida por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires –Ministerio de Justicia y Seguridad y Policía de la Provincia de Buenos Aires–, Eulogio Velardez y Metrovías Sociedad Anónima (Subterráneos Línea B), en virtud de la imposibilidad económica de afrontar los gastos que aquélla ocasione y el pago de la tasa de justicia correspondiente. El monto del reclamo asciende a la suma de $ 187.000.

2°) Que la concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial, en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegada (confr. causa C.1099.XXI "Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/ cobro de pesos – incidente de beneficio de litigar sin gastos", pronunciamiento del 18 de agosto de 1987).

En efecto, a diferencia de los ordenamientos procesales derogados, el legislador ha omitido referencias tasadas sobre el concepto de pobreza, pues éste, por ser contingente y relativo, presenta insalvables dificultades para ser definido con un alcance genérico que abarque la totalidad de las diferentes circunstancias que puedan caracterizar a los distintos casos por resolver. En suma, en cada situación concreta, el Tribunal deberá efectuar un examen particularizado a fin de determinar la carencia de recursos o la imposibilidad de obtenerlos de quien invoque el beneficio para afrontar las erogaciones que demande el proceso en cuestión (conf. Fallos: 311:1372, considerando 1°).

3°) Que tal beneficio encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional). Ello es así, habida cuenta de que por su intermedio se asegura el acceso a la administración de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes. Empero, no debe olvidarse que frente a los intereses del peticionario se hallan los de su contraria, tan respetables como los de aquél, los que podrían verse conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio (Fallos: 311:1372, considerando 2°).

4°) Que los elementos de prueba agregados en autos resultan suficientes para el otorgamiento del beneficio.

De las declaraciones testificales obrantes a fs. 17 y 18 surge que la actora vive junto con su madre en un departamento de tres ambientes, que su único ingreso es la remuneración que percibe por su trabajo como docente de la Universidad del Salvador, que el inmueble en que habita es de propiedad de su madre y que no posee automóvil.

A fs. 22/24 obran agregados los recibos de los sueldos percibidos por la actora en el año 2003, de los que se desprende que su remuneración mensual asciende a la suma de $ 657.

A fs. 49 la actora manifiesta que carece de cobertura de medicina prepaga y de los servicios de internet, de televisión por cable individual y de telefonía celular; a fs. 50/53 acompaña copia de las facturas de Telecom, Metrogas, Edenor y de Rentas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a fs. 56 manifiesta que no ha celebrado pacto de cuota litis.

Por último, a fs. 61 se adjunta copia de los dos últimos recibos de expensas correspondientes al inmueble en que vive, extendidos a nombre de la madre de la demandante.

La reseña que antecede lleva a concluir que las pruebas aportadas son elementos suficientes para considerar que la actora se encuentra comprendida en la situación descripta en el considerando 2°, por lo que corresponde concederle la franquicia pedida en los términos del art. 78 y siguientes del código citado.

Por ello, y dada la conformidad del representante del Fisco a fs. 57, se resuelve: Conceder a Silvia Ofelia Baeza el beneficio de litigar sin gastos. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Nombre de la parte actora: **Silvia Ofelia Baeza**, representada por sus letrados aperado y patrocinante los **doctores Hugo Eduardo Michelli y Aldo Petrone.**

GRACIELA PETRONA RAMOS v. PROVINCIA DE CORDOBA

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, dicha obligación cede cuando las personas se exponen voluntariamente a situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad física.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Policía de seguridad.

Quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, 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 ejecución irregular, responsabilidad que encuentra su fundamento jurídico en el art. 1112 del Código Civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita en principio deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio (art. 1112 del Código Civil), 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.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Policía de seguridad.

Se encuentra comprometida la responsabilidad de la provincia demandada si el cumplimiento irregular de la función encomendada a los agentes de la policía impidió que los padres del fallecido pudieran ser localizados y anoticiados de la suerte de su hijo, a fin de ejercer el derecho a una pronta recuperación de sus restos mortales.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño material.

Corresponde desestimar el reclamo por daño psíquico ya que, si bien es cierto que la actora presenta una depresión mayor grave y que dicho cuadro genera una incapacidad de 40% de la total, esa afección deriva de la vivencia de un duelo patológico de difícil resolución en virtud de no poder procesar la muerte de su hijo pero dicha pérdida no resulta imputable a la provincia demandada sino a la imprudencia de la víctima.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño moral.

El daño moral, por su índole espiritual, debe tenerse por configurado *in re ipsa* por la sola producción del evento dañoso, pues se presume –por el grado de parentesco– la lesión inevitable de los sentimientos, que se tradujo para la demandante en un evidente cuadro de angustia e incertidumbre por el desconocimiento de la suerte de su hijo durante el lapso aproximado de un año.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño material.

Corresponde rechazar el reclamo por daño psicológico si no se demostró que la afección psíquica denunciada asuma un carácter patológico perdurable que proyecte sus efectos sobre la entera personalidad del sujeto y el informe del perito psiquiátrico señala una incapacidad del 40% que no califica de permanente (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Policía de seguridad.

Corresponde rechazar el reclamo de daños contra la provincia ya que, si bien es cierto que se incurrió en una irregularidad administrativa policial, no se desprende de aquella circunstancia que haya mediado el incumplimiento de una obligación jurídica con relación a la actora (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”, de los que

Resulta:

I) A fs. 3/5 se presenta Graciela Petrona Ramos e inicia demanda contra la Provincia de Córdoba y contra la Municipalidad de Villa Carlos Paz.

Dice que el 2 de noviembre de 1995, su hijo Lain Herve Alvarez, de 22 años, falleció de asfixia por inmersión en el balneario público del Río San Antonio ubicado en la localidad de Villa Carlos Paz, y atribuye el hecho a la falta de bañeros.

Afirma además que tanto la policía de la provincia como sus autoridades judiciales no tomaron las medidas necesarias para identificar a la víctima y ubicar sus parientes y progenitores, por lo que sólo en septiembre de 1996 la actora fue localizada merced a una denuncia que efectuó por desaparición de persona ante la Secretaría de Derechos Humanos. Esa situación le creó un estado de angustia indescriptible pues vivió "casi un año desesperada sin saber dónde estaba su hijo" de resultas del cual sufrió un cambio negativo en su personalidad que le ocasionó un importante daño psíquico y también una afección espiritual que justifica el resarcimiento del daño moral.

Más adelante precisa la naturaleza de su reclamo que discrimina: a) contra la comuna de Villa Carlos Paz por el accidente de su hijo, consistente en el valor vida y la pérdida de chance respecto de la ayuda económica que le habría dispensado en el futuro mediato y b) contra la Provincia de Córdoba por la demora inexplicable en la investigación de la causa. Entiende que el municipio no cumplió con el deber de cuidado y previsión por el que estaba obligado a velar en el balneario público y afirma que esa omisión se extiende a la provincia por ser el río en que se produjo el hecho propiedad del Estado provincial y sometido a su jurisdicción. Considera al respecto que la delegación en la comuna del control y seguridad en esas aguas le resulta inoponible y reitera la inexistencia de bañeros y carteles indicadores de peligro.

II) A fs. 27/32 se presenta la Municipalidad de Villa Carlos Paz. Opone la excepción de defecto legal y pasa a contestar la demanda, para lo cual efectúa una negativa de carácter general para dar luego su propia versión de los hechos. En ese sentido sostiene que el episodio aconteció fuera de la llamada temporada veraniega, que es cuando los balnearios y las demás instalaciones natatorias con que cuenta la comuna para esparcimiento, uso y goce de los turistas y habitantes de la ciudad se encuentran sujetos a concesión bajo las disposiciones de la ordenanza respectiva promulgada por el intendente por decreto 1060 A/92. Entre sus disposiciones la ordenanza precisa que durante el mes de julio y desde el 15 de diciembre al 15 de marzo los balnearios deben contar con guardavidas y establece las condiciones de funcionamiento y seguridad. En la oportunidad en que se produjo la muerte del infortunado joven no regían tales medidas, las que no cabe exigir fuera de temporada. Destaca, asimismo, la conducta de la víctima, que tenía tendencia a exponerse irresponsablemente a situaciones de peligro.

III) A fs. 46/50 se presenta la Provincia de Córdoba y hace suyos –en lo pertinente– los argumentos del municipio oponiendo también la excepción de defecto legal. En lo que hace a la responsabilidad que se le atribuye por la demora en la identificación del hijo de la actora, afirma que las condiciones de anonimato, sustitución de nombre y nacionalidad de que hacía gala la víctima frente a sus ocasionales amistades, dificultaron su identificación y justifican el proceder de las autoridades.

A fs. 82/83 se desestiman las excepciones opuestas.

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la parte actora funda su derecho en un diverso orden de razones. Demanda a la Municipalidad de Villa Carlos Paz por los daños derivados de la muerte de su hijo acaecida el 2 de noviembre de 1995 en el balneario La Olla ubicado sobre el Río San Antonio como consecuencia de la omisión de prestar el deber de seguridad que le compete, consistente sustancialmente en la ausencia de guardavidas en el lugar del hecho, obligación que hace extensiva a la Provincia de Córdoba por ser ese curso de aguas "un río de jurisdicción provincial con aguas de propiedad del Estado provincial" (fs. 4) y, por otro lado, imputa a ese Estado el daño psicológico y moral ocasionado por la demora –a su juicio inexplicable– en que incurrieron las autoridades policiales y judiciales en identificar a la víctima y localizar a sus padres.

3°) Que no están controvertidas en la causa las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el lamentable episodio acaecido en un balneario de Villa Carlos Paz, sometido a la jurisdicción del municipio y regido por las disposiciones de la ordenanza 2044 y sus disposiciones complementarias, todo lo cual obra a fs. 234/244. Esas normas definen como balneario al "sector de playa aledaño al Río San Antonio o lago San Roque, afectado a explotación comercial y/o desarrollo de actividades deportivas o recreativas, explotados por particulares, clubes, asociaciones similares". Y agrega a los "sectores de los balnearios públicos otorgados en concesión por la Municipalidad de la Ciudad de Villa Carlos Paz" (art. 2°, ordenanza citada). En esos lugares –dice el art. 30– será obligatoria la presencia de guardavidas en el mes de

julio y desde el 15 de diciembre al 15 de marzo de cada año. Tal previsión, contenida en un marco temporal diverso de aquel en que se produjo la muerte de Lain Herve Alvarez (2 de noviembre de 1995), resta sustento a la alegada omisión del deber de seguridad que compete al municipio demandado, que ejerce una jurisdicción delegada sobre esa zona, y al Estado provincial en su carácter de propietario del río y de las playas adyacentes (arts. 2339, 2340, incs. 3 y 4 del Código Civil).

Habida cuenta de que la obligación del servicio de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar, cabe concluir que no se ha configurado falta de servicio capaz de comprometer la responsabilidad de los demandados.

4°) Que en este sentido cabe señalar que si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, dicha obligación cede cuando las personas se exponen voluntariamente a situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad física. Así, se advierte en el *sub examine* que la conducta de la víctima –la que se introdujo en una zona peligrosa del río en época en que no había bañeros (ver declaración del testigo Oscar Alberto Portela, obrante a fs. 174/176 vta.)– fue el hecho generador del daño cuya reparación se persigue.

5°) Que corresponde ahora considerar el reclamo de la actora contra la provincia basado en el comportamiento de las autoridades policiales y judiciales a raíz del hecho y que tuvo como resultado que viviera –según expresa– “casi un año desesperada sin saber dónde estaba su hijo” (fs. 3 vta.) con el consiguiente daño psíquico y moral.

A poco que quienes intervinieron en el sumario incoado hubieran mostrado un mínimo de diligencia habrían advertido que, el mismo día de la muerte de Alvarez, contaban ya con alguna posibilidad de identificar tanto a la víctima como a sus allegados con los datos que surgían de las actuaciones labradas por el cuerpo policial interviniente. Así lo demuestran las notas obrantes a fs. 366 y 367 de fecha 2 de noviembre de 1995, en las que se consignó el número del documento nacional de identidad argentino (D.N.I. 23.377.408) y especialmente la agregada a fs. 370, suscripta por el oficial de actuaciones Julio Flores con motivo de la remisión del cadáver a la morgue el mismo día del deceso, pues allí figura el domicilio del joven ubicado en Bosques, partido de Florencio Varela, Provincia de Buenos Aires. El citado oficial, por otra parte, ratificó que ese dato referido al domicilio fue informa-

do en la fecha del deceso en la "cooperación judicial N° 20012" enviada a la Policía Judicial en tal oportunidad (fs. 382). Sin perjuicio de estas observaciones, lo cierto es que por una deficiente confección del acta de secuestro que detallaba los efectos contenidos en el bolso de la víctima (fs. 267) se omitió consignar la existencia de una agenda personal que contenía los elementos adecuados para su identificación y las referencias telefónicas que hubieran permitido notificar a sus familiares acerca del luctuoso episodio. A partir del 12 de septiembre de 1996, oportunidad en que la instrucción recibió la citada agenda de parte del personal policial (fs. 212), se cumplieron las diligencias para comunicar al padre del fallecido lo sucedido (fs. 292, 18 de septiembre de 1996). La omisión señalada dio lugar a la adopción de medidas disciplinarias para con los responsables, a quienes se les aplicó la sanción de arresto por "falta de celo y exactitud en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función asignada", así como por "negligencia o imprudencia en un acto de servicio" (conf. Reglamento Policial, decreto 3727/90, art. 14, inc. 27). El cumplimiento irregular de la función encomendada en este punto a los agentes de la policía impidió, de ese modo, que los padres del fallecido pudieran ser localizados, y anoticiados de la suerte de su hijo, a fin de ejercer el derecho a una pronta recuperación de sus restos mortales (conf. trámite expeditivo de la ley provincial 7912), lo que compromete la responsabilidad del estado provincial.

6°) Que, ello es así, pues quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, 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 ejecución irregular (Fallos: 322:2002), responsabilidad que encuentra su fundamento jurídico en el art. 1112 del Código Civil (Fallos: 321:2310).

7°) Que para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita en principio deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio (art. 1112 del Código Civil), 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.

8°) Que en cuanto al daño psíquico reclamado, si bien es cierto que la actora presenta una depresión mayor grave –de tipo melancólica– y que dicho cuadro genera una incapacidad de 40% de la total, se advierte en el informe del médico psiquiatra (fs. 127/128) que esa afec-

ción deriva de la vivencia de “un duelo patológico de difícil resolución” en virtud de no poder procesar la muerte de su hijo. Atento a que esta pérdida no resulta imputable a los demandados (conf. considerandos 3° y 4°) sino a la imprudencia de la víctima, corresponde desestimar este rubro toda vez que el estado provincial sólo debe responder por los daños derivados del retardo en la notificación del deceso.

9°) Que diversa solución merece el reclamo por daño moral, ya que por su índole espiritual debe tenerse por configurado *in re ipsa* por la sola producción del evento dañoso, pues se presume –por el grado de parentesco– la lesión inevitable de los sentimientos (Fallos: 316:2894), que se ha traducido para la señora Ramos en un evidente cuadro de angustia e incertidumbre por el desconocimiento de la suerte de su hijo durante el lapso aproximado de un año. Tal conclusión no obsta a que, para su justa determinación del resarcimiento se consideren las circunstancias singulares del caso, de las que se infiere que para la actora eran en cierto modo naturales las prolongadas ausencias de su hijo. En efecto, se desprende de la prueba que Lain Herve Alvarez –por diversos problemas de conducta– acostumbraba a ausentarse de su casa. En este sentido, la actora expresó ante las autoridades judiciales locales (fs. 394/396) que a Lain “le gustaba... ir de un lugar a otro” y “que muchas veces hizo la denuncia por la desaparición de su hijo, tantas que ya no lo recuerda”; y “que esta vez la hizo recién en este año” (el 14 de junio de 1996, ver fs. 431, en tanto había partido de su hogar en octubre de 1995) “porque esperaba a que terminara la temporada invierno y de verano” (en idéntico sentido, ver declaraciones del padre, Milton Y. Alvarez Batista, fs. 405). Por lo demás, la circunstancia de que la actora haya requerido a la policía la búsqueda del paradero de su hijo recién a los ocho meses de que se ausentara del domicilio familiar constituye un serio indicio de que la conducta de Lain no parecía hasta entonces extraña o preocupante en demasía para sus padres. En atención a estas circunstancias que permiten mensurar la entidad de la afección espiritual, se estima el daño moral en la suma de $ 10.000.

10) Que los intereses se deberán calcular a partir del 2 de noviembre de 1995.

Por ello, y lo dispuesto por los arts. 1078, 1112 y concs. del Código Civil, se decide: I. Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por Graciela Petrona Ramos contra la Provincia de Córdoba, conde-

nándola a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de $ 10.000, con más los intereses. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y II. Rechazar la demanda interpuesta contra la Municipalidad de Villa Carlos Paz. Con costas (art. 68 del código citado). Notifíquese, devuélvase el expediente acompañado y, oportunamente, archívese.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la parte actora funda su derecho en un diverso orden de razones. Demanda a la Municipalidad de Villa Carlos Paz por los daños derivados de la muerte de su hijo acaecida el 2 de noviembre de 1995 en el balneario La Olla ubicado sobre el Río San Antonio como consecuencia de la omisión de prestar el deber de seguridad que le compete, consistente sustancialmente en la ausencia de guardavidas en el lugar del hecho, obligación que hace extensiva a la Provincia de Córdoba por ser ese curso de aguas “un río de jurisdicción provincial con aguas de propiedad del Estado provincial” (fs. 4) y, por otro lado, imputa a ese Estado el daño psíquico ocasionado por la demora –a su juicio inexplicable– en que incurrieron las autoridades policiales y judiciales en identificar a la víctima y localizar a sus padres.

3°) Que no están controvertidas en la causa las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el lamentable episodio acaecido en un balneario de Villa Carlos Paz sometido a la jurisdicción del municipio y regido por las disposiciones de la ordenanza 2044/90 y sus disposiciones complementarias, todo lo cual obra a fs. 234/244. Esas nor-

mas definen como balneario al “sector de playa aledaño al Río San Antonio o lago San Roque, afectado a explotación comercial y/o desarrollo de actividades deportivas o recreativas, explotados por particulares, clubes, asociaciones similares”. Y agrega a los “sectores de los balnearios públicos otorgados en concesión por la Municipalidad de la Ciudad de Villa Carlos Paz” (art. 2°, ordenanza citada). En esos lugares –dice el art. 30– será obligatoria la presencia de guardavidas en el mes de julio y desde el 15 de diciembre al 15 de marzo de cada año. Tal previsión, contenida en un marco temporal diverso de aquel en que se produjo la muerte de Lain Herve Alvarez (2 de noviembre de 1995), resta sustento a la alegada omisión del deber de seguridad que compete al municipio demandado, que ejerce una jurisdicción delegada sobre esa zona, y al Estado provincial en su carácter de propietario del río y de las playas adyacentes (arts. 2339, 2340, incs. 3 y 4 del Código Civil).

4°) Que por otro lado cabe reconocer que esta Corte ha reiterado su doctrina en el sentido de que el ejercicio del poder de policía de seguridad que le corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tiene parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138, causa R.537.XXXIX. “Rosales, Paulo Vitervo y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” sentencia del 23 de diciembre de 2004, Fallos: 327:6021).

5°) Que corresponde ahora considerar el reclamo de la actora contra la provincia basado en el comportamiento de las autoridades policiales y judiciales a raíz del hecho y que tuvo como resultado que viviera –según expresa– “casi un año desesperada sin saber dónde estaba su hijo” (fs. 3 vta.) con el consiguiente daño psíquico y moral.

A poco que quienes intervinieron en el sumario incoado hubieran mostrado un mínimo de diligencia habrían advertido que, el mismo día de la muerte de Alvarez, contaban ya con plenas posibilidades de identificar tanto a la víctima como a sus allegados como consecuencia de los datos que surgían de las actuaciones labradas por el cuerpo policial interviniente. Así lo demuestran las notas obrantes a fs. 366 y 367 de fecha 2 de noviembre de 1995, en las que se consignó el número

del documento nacional de identidad argentino (D.N.I. 23.377.408) y especialmente la agregada a fs. 370, suscripta por el oficial de actuaciones Julio Flores con motivo de la remisión del cadáver a la morgue el mismo día del deceso, pues allí figura el domicilio del joven ubicado en Bosques, partido de Florencio Varela, en la Provincia de Buenos Aires. El citado oficial, por otra parte, ratificó que ese domicilio fue informado en la fecha del deceso en la "Cooperación Judicial N° 20012" enviada a la Policía Judicial en tal oportunidad (fs. 382). De esa manera no asume relevancia la gravitación asignada a la falta de entrega de la agenda personal de la víctima como causa de la demora en ubicar a sus familiares, de la que el juzgado interviniente hace mérito en su comunicación a la Secretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio del Interior. En efecto, es impropio afirmar que sólo a partir de la declaración del oficial Flores el 4 de septiembre de 1996 se "diligencian medidas y se ubica a los padres del occiso", como se aduce en la nota de fs. 221/222 y se reitera a fs. 438/439. De tal modo, la injustificada demora en notificar a los padres del trágico episodio compromete la responsabilidad provincial (conf. arts. 1° y 2° de la ley 7912 de la Provincia de Córdoba).

6°) Que si bien esta Corte ha reconocido que la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente importa una incapacidad que debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 315:2834; 321:1124; 322:1792), no se ha demostrado que la afección psíquica aquí denunciada asuma un carácter patológico perdurable que proyecte sus efectos sobre la entera personalidad del sujeto.

7°) Que en ese sentido debe destacarse que en el escrito de fs. 127/128 presentado por el perito en psiquiatría se describe el estado de la actora en el que gravita poderosamente –según dice el experto– la muerte de su hijo, lo que le causa "un duelo patológico de difícil resolución con tendencia a la cronificación a pesar de estar bajo tratamiento psiquiátrico" y el uso de antidepresivos y ansiolíticos. Por ello su diagnóstico es "depresión mayor grave, sin síntomas psicóticos... de tipo melancólico" la que le provoca una incapacidad actual del 40% que no califica de permanente (fs. 128). De lo expuesto surge que no

existe incapacidad irreversible que justifique el resarcimiento de este ítem (conf. pericia de fs. 127/128). Por otro lado, el daño psíquico invocado se relaciona causalmente con la muerte del hijo en sí misma considerada y no con la demora, jurídicamente reprochable, de notificar a la actora el deceso, retardo injustificado que resulta ser la única causa generadora de indemnización.

8°) Que procede, en cambio, la indemnización del daño moral producido a la actora por la morosidad provincial en entregarle el cadáver de su hijo. Debe tenerse en cuenta, empero, que según lo ha manifestado aquélla, el fallecido, que tenía problemas de comportamiento, acostumbraba a irse de su casa con frecuencia, razón por la cual sólo pidió su búsqueda a mediados de junio de 1996 (conf. fs. 394/396 y 431). Parece justo fijar por este concepto la suma de diez mil pesos ($ 10.000).

Por ello, se decide: I: Hacer lugar parcialmente a la demandada promovida por Graciela Petrona Ramos contra la Provincia de Córdoba, condenándola a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de $ 10.000, con más los intereses que se calcularán a partir del 2 de noviembre de 1995. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y II. Rechazar la demanda interpuesta contra la Municipalidad de Villa Carlos Paz, con costas (art. 68 del código citado). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR
DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES
DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la parte actora funda su derecho en un diverso orden de razones. Demanda a la Municipalidad de Villa Carlos Paz por los da-

ños derivados de la muerte de su hijo acaecida el 2 de noviembre de 1995 en el balneario La Olla ubicado sobre el Río San Antonio como consecuencia de la omisión de prestar el deber de seguridad que le compete, consistente sustancialmente en la ausencia de guardavidas en el lugar del hecho, obligación que hace extensiva a la Provincia de Córdoba por ser ese curso de aguas "un río de jurisdicción provincial con aguas de propiedad del Estado provincial" (fs. 4) y, por otro lado, imputa a ese Estado el daño psíquico ocasionado por la demora –a su juicio inexplicable– en que incurrieron las autoridades policiales y judiciales en identificar a la víctima y localizar a sus padres.

3°) Que no están controvertidas en la causa las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el lamentable episodio acaecido en un balneario de Villa Carlos Paz, sometido a la jurisdicción del municipio y regido por las disposiciones de la ordenanza 2044/90 y sus disposiciones complementarias, todo lo cual obra a fs. 234/244. Esas normas definen como balneario al "sector de playa aledaño al Río San Antonio o lago San Roque, afectado a explotación comercial y/o desarrollo de actividades deportivas o recreativas, explotados por particulares, clubes, asociaciones similares". Y agrega a los "sectores de los balnearios públicos otorgados en concesión por la Municipalidad de la Ciudad de Villa Carlos Paz" (art. 2°, ordenanza citada). En esos lugares –dice el art. 30– será obligatoria la presencia de guardavidas en el mes de julio y desde el 15 de diciembre al 15 de marzo de cada año. Tal previsión, contenida en un marco temporal diverso de aquel en que se produjo la muerte de Lain Herve Alvarez (2 de noviembre de 1995), resta sustento a la alegada omisión del deber de seguridad que compete al municipio demandado, que ejerce una jurisdicción delegada sobre esa zona, y al Estado provincial en su carácter de propietario del río y de las playas adyacentes (arts. 2339, 2340, incs. 3 y 4 del Código Civil).

Habida cuenta de que la obligación del servicio de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar, cabe concluir que no se ha configurado falta de servicio capaz de comprometer la responsabilidad de los demandados.

4°) Que en ese sentido cabe señalar que si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, dicha obligación cede cuando las personas se exponen voluntariamente a situaciones de riesgo que ponen en peligro su integridad física. Así, se advierte en

el *sub examine* que la conducta de la víctima –la que se introdujo en una zona peligrosa del río en época en que no había bañeros (ver declaración del testigo Oscar Alberto Portela, obrante a fs. 174/176 vta.)– fue el hecho generador del daño cuya reparación se persigue.

5°) Que corresponde ahora considerar el reclamo contra la Provincia de Córdoba, pues se reprocha a las autoridades judiciales y policiales una demora injustificada en la identificación de la víctima para ubicar a sus parientes, lo cual tuvo como resultado que la actora viviera –según expresa– "casi un año desesperada sin saber dónde estaba su hijo" (fs. 3 vta.), con el consiguiente daño psíquico y moral.

Al respecto se señala que, del sumario de prevención, así como de las actuaciones judiciales –cuyas copias certificadas obran a fs. 147/228– surge que se llevaron a cabo, desde el mismo día del evento, las diligencias necesarias para la determinación de las circunstancias que provocaron el deceso del hijo de la actora. Ello, en función de la obligación de investigación de los hechos que encuadran *prima facie* en alguna figura penal, asegurando los rastros materiales que pueda haber dejado su perpetración, en orden al descubrimiento de sus autores, encubridores o instigadores.

En ese contexto, las autoridades encargadas de la instrucción realizaron las diligencias que permitieron descartar la existencia de un hecho criminal. Si bien es cierto que se incurrió en una irregularidad administrativa policial –al no haberse agregado entre los elementos secuestrados una agenda personal que contenía los datos necesarios para individualizar a los allegados o parientes del occiso– tal infracción mereció una sanción en el ámbito interno de esa fuerza (fs. 224/225); mas no se desprende de aquella circunstancia que haya mediado el incumplimiento de una obligación jurídica con relación a la actora. Por otra parte, es de destacar que, a raíz de la irregularidad señalada, el juez interviniente ordenó el 18 de septiembre de 1996 (ver fs. 180) comunicar el deceso a los familiares –lo que se cumplió en igual fecha– a fin de que procedieran al retiro del cadáver, mientras que la actora había solicitado la búsqueda policial del paradero de su hijo el 14 de junio de ese año, según ella misma expresó en la nota que obra a fs. 219.

En este sentido, las explicaciones suministradas en sede penal dan cuenta de que el hijo de la actora presentaba ciertos trastornos de

conducta que hacían previsibles sus prolongadas y reiteradas ausencias de su hogar. Fue en función de tales antecedentes que la actora esperó para hacer la denuncia a que terminaran las temporadas de invierno y de verano (fs. 184) ya que hasta entonces la ausencia de su hijo no generaba ningún signo alarmante; y es a partir de la solicitud de paradero que corresponde presumir que tuvo origen la consiguiente preocupación y zozobra espiritual de la progenitora (esto es, la vivencia angustiosa que experimentó durante ese lapso de tres meses hasta que tuvo conocimiento del fallecimiento).

En definitiva, las secuelas incapacitantes que la señora Ramos presenta, de las que da cuenta el peritaje de fs. 127/128, resultan de un duelo patológico derivado de la muerte de su hijo, pérdida que no corresponde imputar a la responsabilidad de las demandadas sino a la grave imprudencia de aquél al bañarse en una zona de peligro en ausencia de guardavidas.

Por ello, se decide: Rechazar la demanda. Con costas. Notifíquese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

CLAUDIO DANIEL FINAZZI Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Si la cámara de apelaciones confirmó la resolución del juez que declinó la competencia, rechazada la atribución, es dicha alzada y no el juez quien debe mantener la resolución para que la contienda se encuentre correctamente trabada.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

La forma defectuosa en que se ha planteado la contienda no obsta su pronunciamiento cuando razones de economía procesal autorizan a prescindir de ese reparo formal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones penales. Prevención en la causa.

Si no se ha establecido en forma fehaciente el lugar donde la sociedad desarrolla su administración, lo que impide dilucidar el verdadero alcance de los hechos materia del proceso los que no pueden ser apreciados in extenso, a fin de formar fundado criterio acerca del lugar de su comisión y discernir finalmente el tribunal al que corresponde investigarlos, el juez nacional, que previno, en cuya jurisdicción se domicilian los querellantes y los imputados y donde se celebraron los contratos societarios, es quien debe continuar investigando en la causa, sin perjuicio de lo que resulte ulteriormente.
–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 suscitada entre los titulares del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 46, y del Juzgado de Garantías N° 7 del departamento judicial de Lomas de Zamora, se refiere a la causa donde se investiga la denuncia formulada por Patricia Myriam Sanz por el presunto delito de defraudación por administración fraudulenta (fs. 1/4).

Allí manifiesta que, al retirarse su padre de la actividad referida a la comercialización de productos metalúrgicos, les otorgó en préstamo a la exponente y a su esposo, distintas máquinas de su propiedad, que serían usadas en una nueva sociedad denominada “Man-Rod S.R.L.”. Su participación accionaria era del 90% y 10%, respectivamente y, al constituirse esa compañía –con domicilio legal en la calle Azara 65, 8° piso “B” de esta ciudad– Finazzi fue designado socio gerente (vid. fs. 17/19).

Relata que en el año 1999, al producirse su separación matrimonial, se le impidió el ingreso a la fábrica que se hallaba ubicada en la calle Mario Bravo 749 de la localidad bonaerense de Avellaneda, aunque su ex marido continuó con el manejo de la actividad de la empresa.

Dice a su vez, que a mediados de 2002, tomó conocimiento en forma circunstancial, que Finazzi había constituido una nueva sociedad

llamada “Tornemec S.R.L.”, que poseía idéntico objeto social al de “Man Rod”, y se encontraba integrada por Gustavo Alberto Wenger y por la madre de aquél, María Cristina Tomassoni.

Expresa finalmente que para la conformación de esa firma, se habría aportado como capital social las maquinarias que su padre –Alberto Sanz– les había cedido oportunamente en préstamo, y se habría trasladado también toda la cartera de clientes de una empresa hacia la otra.

El tribunal nacional, luego de realizar diversas diligencias instructorias, se inhibió para conocer en la causa. Sostuvo que los hechos denunciados hallarían encuadre legal en las previsiones del artículo 173, inciso 7°, del Código Penal, y consideró que debía investigar la justicia provincial en razón de que los actos infieles perjudiciales se habrían cometido en la localidad de Avellaneda (fs. 218/221).

El magistrado local, por su parte, rechazó tal atribución con fundamento en que el acto infiel perjudicial determinante de la administración fraudulenta tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires donde se constituyó la nueva sociedad y que, la declaración de incompetencia resultaba prematura (fs. 312/314).

Con la insistencia del tribunal de origen y la elevación del incidente a la Corte, quedó trabada la contienda (fs. 345/346).

Tiene establecido el Tribunal que, tal como ocurrió en el caso, si la cámara de apelaciones confirmó la resolución del juez que declinó la competencia (fs. 286/287), rechazada la atribución es dicha alzada y no el juez quien debe mantener la resolución para que la contienda se encuentre correctamente trabada (Fallos: 311:1388 y 312:1624).

Sin embargo, V.E. también ha resuelto que la forma defectuosa en que se ha planteado la contienda no obsta su pronunciamiento cuando razones de economía procesal, autorizan a prescindir de ese reparo formal (Fallos: 311:1965).

Pese a que existe coincidencia entre los tribunales intervinientes en el conflicto acerca de la calificación de los hechos, estimo que todavía no puede aplicarse al caso el criterio de Fallos: 311:484; 320:2583; 323:2225 y 324:891, entre otros, puesto que la causa no se halla prece-

dida, a mi modo de ver, de la investigación suficiente como para que el Tribunal pueda ejercer las facultades que le confiere el artículo 24, inciso 7°, del decreto ley 1285/58.

Al respecto, cabe destacar que no se ha establecido en forma fehaciente el lugar donde la sociedad desarrolla su administración, lo que impide dilucidar el verdadero alcance de los hechos materia del proceso los que, según mi parecer, no pueden ser apreciados in extenso, a fin de formar fundado criterio acerca del lugar de su comisión, y discernir finalmente el tribunal al que corresponde investigarlos (Fallos: 303:634; 304:949 y 308:275),

En tal sentido, si bien es cierto que parte de las máquinas halladas en el local de la calle Mario Bravo 749 de Avellaneda –donde funcionaría la fábrica metalúrgica "Tornemec S.R.L."– serían de propiedad de Alberto Sanz, debe repararse en que, tal como se desprende del acta de allanamiento de fs. 250/253, los libros societarios y contables, y la documentación propia de la actividad –que aún no se han recabado– se encontrarían en el domicilio de la calle Bulnes 1928, 3° piso "D" de esta ciudad, que fue fijado por los consocios al constituirse la sociedad.

Por otra parte, y aún cuando surge del incidente que en el mes de junio de 1999, la empresa "Man-Rod S.R.L.", habría emitido una de sus facturas en la que figura el domicilio de la calle Mario Bravo 749 de la localidad bonaerense de Avellaneda (vid. fs. 54), no se presenta idéntica situación en relación con "Tornemec S.R.L.", ya que, según se desprende de la única boleta agregada a fs. 55, en el año 2002, sus oficinas habrían tenido asiento en la calle Bulnes 1928, piso 8° "B° de la Capital Federal, y allí se habría efectuado el pago de esa venta.

Esas circunstancias, tampoco permiten establecer por ahora con suficiente claridad, el sitio donde se habrían llevado a cabo los negocios que perjudicarían a "Man-Rod S.R.L.", máxime si se tiene en cuenta –como bien lo hace notar el señor Fiscal General a fs. 276– que esa razón social poseía un amplio objeto, que no sólo abarcaba la fabricación, venta, distribución y fraccionamiento de artículos del rubro metalúrgico, sino también su importación, exportación y representación de marcas y patentes de distintos productos, lo que en mi opinión, debilita – al menos parcialmente– el criterio del juez nacional, quien consideró determinante en su declinatoria que las instalaciones fabriles

de la nueva compañía se hallaran ubicadas en la localidad de Avellaneda.

Al respecto, aún no han sido oídos los representantes legales de "Luis C. Trusoni e hijos" y de "Talleres Vitale S.A." (ver fs. 54 y 55), a fin de que expliquen donde se desarrollaron las operaciones, como tampoco se ha dispuesto la incautación de la documentación contable y social de ambas entidades, ni se han solicitado los movimientos bancarios de ellas, ni las constancias existentes en la Inspección General de Justicia, pedidas por la querella a fs. 198/203 y 339/343, con el objeto de verificar el sitio en que se desenvolvía la administración empresaria, máxime si se repara en que según lo manifestado por la parte querellante a fs. 68 vta., la tasación de las maquinarias cuestionadas, habría sido efectuada por un perito tasador, en un depósito de la calle Entre Ríos 548 de la antedicha localidad provincial.

Finalmente, no se ha dispuesto escuchar en forma testifical a los empleados de "Tornemec S.R.L." que se mencionan a fs. 175/178, a fin de que aporten datos sobre sus movimientos.

En tales condiciones, opino que corresponde al juez nacional, que previno, en cuya jurisdicción se domicilian los querellantes y los imputados (ver fs. 4 y 204), y donde se celebraron los contratos societarios (fs. 17/23 y 25/28), continuar investigando en la causa (Fallos: 311:67; 317:486 y 319:753, entre otros), sin perjuicio de lo que resulte ulteriormente. Buenos Aires, 16 de febrero de 2005. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

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 Nacional en lo Criminal de Instrucción

N° 46, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

CLAUDIO EMILIO CASTRILLON

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones penales. Principios generales.

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 puede apreciarse "*prima facie*" y con prescindencia de la calificación que le atribuyan en iguales condiciones los jueces en conflicto.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por el territorio. Lugar del delito.

Es competente el juez provincial para investigar la conducta de quien –habiendo sido designado depositario judicial del vehículo secuestrado– incumplió su carga y no entregó el bien –art. 262, en función del art. 263, del Código Penal–, si el vehículo fue incautado en dicha jurisdicción, en la cual el depositario constituyó domicilio y fue visto conduciendo el rodado.
–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 suscitada entre los titulares del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 41, y del Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial de San

Isidro, Provincia de Buenos Aires, se refiere a la causa donde se investiga la conducta de Claudio Emilio Castrillón.

De las constancias agregadas al incidente surge que el nombrado, en cumplimiento de lo dispuesto por el titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 4, en los autos caratulados: "Citibank NA c/ Carrick, Jorge Alejandro s/ secuestro prendario", diligenció el mandamiento de secuestro de un vehículo Renault, solicitado por la parte actora, siendo designado por el Oficial de Justicia que intervino en el acto como depositario judicial del bien, el cual, luego de finalizada la diligencia, debía entregar en el depósito de la entidad bancaria.

Sin embargo, días después, Castrillón habría sido visto conduciendo el rodado incautado por las calles de esta ciudad.

El magistrado nacional, encuadró el hecho a investigar dentro de las previsiones del artículo 173, inciso 2°, del Código Penal, y declinó la competencia en favor de la justicia bonaerense con jurisdicción sobre el depósito que la entidad bancaria posee en la localidad de Munro, donde el imputado debía entregar el automóvil (fs. 31/32).

Esta última, a su turno, rechazó la competencia atribuida por considerar que tal hecho configuraría el delito de malversación de caudales públicos, no obstante ello, sostuvo que cualquiera sea la calificación legal que le pudiera corresponder, debería conocer en el caso la justicia nacional, con jurisdicción sobre el domicilio donde se dispuso del bien gravado (fs. 35/36).

Vuelto el incidente al juzgado de origen, su titular, tuvo por trabada la contienda y elevó el incidente a la Corte (fs. 40).

Al respecto, es oportuno puntualizar que tal como lo tiene resuelto la Corte, 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 puede apreciarse "*prima facie*" y con prescindencia de la calificación que le atribuyan en iguales condiciones los jueces en conflicto (Fallos: 326:3219).

Toda vez que del expediente comercial agregado por cuerda, surge que Castrillón fue designado depositario judicial del vehículo se-

cuestrado –previo haber sido informado de las obligaciones legales relativas a ese cargo y haber prestado juramento– y que en ese carácter habría incumplido con su carga, en tanto, no entregó el bien (ver fs. 51), entiendo que la conducta desplegada encuadraría en las previsiones del artículo 262, en función del artículo 263, del Código Penal.

En consecuencia, y como bien lo sostiene el representante del Ministerio Público provincial en su dictamen de fs. 34, estimo que corresponde al magistrado de esta ciudad (Fallos: 252:373; 244:159 y 283:278), en cuya jurisdicción fue incautado el vehículo; el depositario constituyó domicilio y donde, además, fue visto conduciendo el rodado, continuar con el trámite de las actuaciones (Competencia N° 1371, XXXVII *in re* "Bielle, Horacio Abelardo s/ malversación de caudales públicos", resuelta el 18 de septiembre de 2001, a *contrario sensu*). Buenos Aires, 10 de marzo del año 2005. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de junio de 2005.

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 Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 41, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

SANTIAGO DUGAN TROCELLO S.R.L. v. PODER EJECUTIVO NACIONAL – MINISTERIO DE ECONOMIA

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Facultades del Poder Judicial.

Es elemental, en nuestro sistema constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Ley Fundamental para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, siendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

La aparente rigidez del art. 2°, inc. d), de la ley 16.986 no puede ser entendida en forma absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada en el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales reconocidos por la Constitución, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

El art. 2°, inc. d), de la ley 16.986 halla su quicio en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando al momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Corresponde rechazar el amparo si la restricción consagrada por los arts. 39 de la ley 24.073 y 4° de su similar 25.561, así como por el art. 5° del decreto 214/02, no se evidencia como clara, palmaria o manifiestamente contraria a disposiciones constitucionales.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Tanto el art. 39 de la ley 24.073 como el art. 4° de la ley 25.561 –que sustituyó el texto de los arts. 7° y 10 de su similar 23.928– representan una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11, de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Constitucionalidad e inconstitucionalidad. Leyes nacionales.

La prohibición al reajuste de valores así como de cualquier otra forma de repotenciar las deudas, ordenada por el art. 39 de la ley 24.073 y el art. 4° de la ley 25.561 –que sustituyó el texto de los arts. 7° y 10 de su similar 23.928–, es un acto reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, pues es quien tiene a su cargo la fijación del valor de la moneda y no cabe pronunciamiento judicial ni decisión de autoridad alguna ni convención de particulares tendientes a su determinación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

La declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere mayor debate y prueba.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

La arbitrariedad “manifiesta” no encuentra sustento en el incremento de la carga tributaria que supuestamente trae aparejada la prohibición de emplear el mecanismo de ajuste establecido en el título VI de la ley 20.628, pues –aún para el caso de verificarse tal aumento– las normas cuestionadas –leyes 24.073 y 25.561– emanan del único poder del Estado investido de la atribución para el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas, y han cumplido también con el requisito del art. 52 de la Constitución Nacional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Control de constitucionalidad. Principios generales.

El acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse, por lo que la decla-

ración de inconstitucionalidad de una ley –acto de suma gravedad institucional– exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de propiedad.

Quien tacha de inconstitucional una norma tributaria aduciendo que viola sus derechos de propiedad e igualdad debe probar de modo concluyente cómo tal afectación ha tenido lugar.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Gravamen.

El análisis de la inconstitucionalidad del art. 5° del decreto 214/02, el cual dispuso que el coeficiente de estabilización, aplicable a los depósitos y deudas especificados en el art. 4° del mismo reglamento deviene abstracto, atento el rechazo del planteo respecto del art. 39 de la ley 24.073 y 4° de su similar 25.561, en cuyas disposiciones encuentra fundamento suficiente la restricción cuestionada.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Derecho de propiedad.

El mero cotejo entre la liquidación del impuesto efectuada sin el ajuste por inflación, y la suma que correspondería abonar por el tributo en caso de aplicarse tal mecanismo no es apto para acreditar la afectación al derecho de propiedad, pues tal compulsa no trasciende el ámbito infraconstitucional, y sólo podría derivar de ella la mayor o menor bondad o equidad de un sistema por sobre el otro, pero no la demostración de la inconstitucionalidad invocada, pues para que proceda la declaración de inconstitucionalidad, se requiere que tal repugnancia sea manifiesta, clara e indudable.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 246/251, la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná confirmó lo resuelto en la instancia anterior y, en consecuencia, ratificó la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.073, del

art. 4° de su similar 25.561 y del art. 5° del decreto 214/02, así como de toda otra norma que impida aplicar el mecanismo de ajuste por inflación establecido en los arts. 94 y siguientes de la ley 20.628 (t.o. por decreto 649/97) para liquidar el impuesto a las ganancias del ejercicio fiscal iniciado el 1° de agosto de 2001 y finalizado el 31 de julio de 2002.

Recordaron los jueces que el principio de capacidad contributiva impide gravar con ese impuesto rentas nominales, inexistentes o ficticias, como asimismo que él hace a la validez del gravamen pues, en caso contrario, se afectaría el derecho de propiedad, al incidir sobre otros bienes que no integran su hecho imponible y a los que el contribuyente deberá recurrir para satisfacer el pago. Por ello, agregaron, el título VI de la ley 20.628 admite el ajuste por inflación, como forma de obtener un resultado impositivo de base real, no desnaturalizado por la incidencia de variaciones en los precios.

Precisaron que el decreto 1269/02 ya había reconocido la significativa alteración producida por la inflación en los estados contables durante el primer semestre del 2002 y, consecuentemente, permitió su reajuste, ante el peligro de desaparición –por pérdida del capital social– de las sociedades comerciales.

Sin embargo, concluyeron que en los resultados impositivos se verifica idéntico fenómeno, sin que exista una respuesta acorde a la plasmada en aquel reglamento. Por el contrario, el art. 39 de la ley 24.073 impide actualizar con posterioridad a marzo de 1992, mediante una solución que pudo ser adecuada a la realidad del momento en el cual fue instaurada, pero no al período *sub judice*.

En tales condiciones, valoraron que el actor había arrimado abundante prueba de su objeto social y de sus posiciones en el impuesto a las ganancias, en aras a demostrar las diferencias que –a la hora de abonar la gabela– resultaba de liquidar el tributo con y sin ajuste por inflación, de lo cual surgía sumariamente que, sin el empleo de este último mecanismo, el gravamen podría afectar su capital neto, en violación de los principios que prohíben la confiscación y que declaran inviolable la propiedad.

Por ello, entendieron que la prohibición de aplicar el ajuste por inflación, según lo ordenan los arts. 39 de la ley 24.073, 4° de su simi-

lar 25.561 y 5° del decreto 214/02, viola los principios constitucionales citados en el párrafo anterior y no guarda razonabilidad con la situación de hecho verificada en el período *sub lite*, por lo que debe readmitirse la aplicabilidad del título VI de la ley 20.628 para impedir que se tribute sobre ganancias inexistentes o ficticias.

– II –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 254/265, que fue concedido a fs. 276/277 en cuanto se puso en tela de juicio la interpretación y alcance de normas de carácter federal, al tiempo que se lo desestimó en lo referente a arbitrariedad y gravedad institucional. Ante esta decisión, la apelante presentó recurso de hecho que corre agregado por cuerda.

En primer lugar, se opuso a la procedencia formal de la acción, ante la inexistencia –a su criterio– de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en las normas atacadas. También agregó que las afirmaciones de la actora, relativas al impacto de la inflación en sus resultados, solo se fundan en la prueba documental que ha acompañado, elaborada sin posibilidad de control por parte del Fisco Nacional.

Negó, por lo tanto, que se encuentre acreditada la existencia de un daño concreto y grave, requerido para que proceda el remedio intentado y aseveró que su demostración necesita de un amplio margen de debate y prueba, ajeno a este tipo de procesos.

En cuanto al fondo del asunto, puntualizó que la fijación del valor de la moneda es un acto reservado por la Constitución al Congreso Nacional, en cuya virtud lo decidido por el *a quo* configura un grave peligro para el orden de la República, pues altera el principio de división de poderes.

Negó que el fenómeno económico vivido en el 2002 responda técnicamente al término “inflación” en cuanto a alzas generalizadas de precios, sino que lo circunscribió a alteraciones puntuales de aquéllos, en términos relativos y durante un tiempo acotado.

Por último, rechazó la supuesta afectación del capital neto de la accionante y la confiscatoriedad del impuesto a las ganancias en el

período de autos, ante la inexistencia de prueba cabal que permita demostrar la absorción –por parte del Estado– de una parte sustancial del capital o de la renta, en las condiciones requeridas por la jurisprudencia de la Corte.

– III –

Estimo que, por razones de economía procesal, es conveniente tratar de manera conjunta lo referido a la apelación extraordinaria de fs. 254/265 y a la queja que corre por cuerda y, por la índole del planteo y sus efectos propios, en primer término los agravios de la demandada referentes a la aptitud de la vía escogida por el actor.

Ya desde sus orígenes, ha sostenido el Tribunal que es elemental, en nuestro sistema constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Ley Fundamental para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, siendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (Fallos: 33:162).

Esta doctrina no se debilita ni desvirtúa por la necesidad de que tal función jurisdiccional se lleve a cabo en la vía procesal adecuada, de conformidad con los hechos e intereses que juegan en el caso concreto, incluso en el amparo.

Ha sido claro el Tribunal al puntualizar que la aparente rigidez del art. 2°, inc. d), de la ley 16.986 no puede ser entendida en forma absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada en el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales reconocidos por la Constitución, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto (Fallos: 267:215; 306:400). Este principio, que ya había sido sostenido por la Corte con anterioridad a la sanción de la ley citada (Fallos: 252:167; 253:15, entre otros) fue aplicado, por otra parte, a las normas legales y reglamentarias de alcance general, categorías entre las que V.E. sostuvo que no cabe formular distinciones a este fin (Fallos: 252:167).

Por ello, es asentada doctrina que el art. 2°, inc. d), de la ley 16.986 halla su quicio en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando al momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger (confr. doctr. de Fallos: 267:215; 306:400, entre otros). Impedir este análisis en el amparo –como se enfatizó en Fallos: 313:1513 (cons. 13)– es contrariar las disposiciones legales que lo fundan al establecerlo como remedio para asegurar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, explícitos o implícitos, así como la función esencial de la Corte, de preservar la supremacía constitucional (arts. 31 y 117, Constitución Nacional). Este criterio no ha variado, sin más, por la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, pues reproduce –en lo que aquí importa– el art. 1° de la ley reglamentaria, imponiéndose idénticos requisitos para su procedencia (Fallos: 319:2955; 323:1825, entre otros).

En tales condiciones, no advierto que se configure en autos el supuesto de procedencia examinado anteriormente, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia del Tribunal, dado que la restricción consagrada por los arts. 39 de la ley 24.073 y 4° de su similar 25.561, así como por el art. 5° del decreto 214/02, no se evidencia –en mi criterio– como clara, palmaria o manifiestamente contraria a las disposiciones constitucionales invocadas.

En efecto, el art. 39 de la ley 24.073 dispuso –a los fines de las actualizaciones de valores previstas en la ley 11.683 y en las normas de los tributos por ella regidos, no alcanzados por las disposiciones de la ley 23.928– que las tablas e índices que a esos fines elabora la Dirección General Impositiva para ser aplicados a partir del 1° de abril de 1992, deberán, en todos los casos, tomar como límite máximo las variaciones operadas hasta marzo de 1992 inclusive.

A su turno, el art. 4° de la ley 25.561 modificó –en lo que aquí interesa– el texto de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928. Con su nueva redacción, el art. 7° dispone: "*El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley*".

Por su parte, el art. 10 ahora establece: "*Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive convenios colectivos de trabajo– de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar*".

Es evidente, en mi criterio, que tanto el art. 39 de la ley 24.073 como el art. 4° de la ley 25.561 –que sustituyó el texto de los arts. 7° y 10 de su similar 23.928– representan una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional (texto anterior a la reforma de 1994, vigente a la promulgación de la ley 24.073. Actual art. 75, inc. 11).

Creo necesario recordar que, con sustento en idéntico precepto constitucional, V.E. ratificó la competencia del Congreso Nacional para dictar la ley 23.928 y aclaró que, a partir de tal acto legislativo, no sólo habían quedado derogadas disposiciones legales sino que, además, debían ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación (Fallos: 315:158, 993).

Desde esta perspectiva, no cabe sino reafirmar aquí que la prohibición al reajuste de valores así como de cualquier otra forma de repotenciar las deudas, ordenada por los preceptos cuestionados, es un acto reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, pues es quien tiene a su cargo la fijación del valor de la moneda y no cabe pronunciamiento judicial ni decisión de autoridad alguna ni convención de particulares tendientes a su determinación (Fallos: 225:135; 226:261 y sus citas).

En mi postura, entonces, el reconocimiento de tal facultad impide –dentro del limitado marco del presente proceso– acceder a lo peticionado por el amparista, no sólo porque la decisión legislativa así adoptada no puede ser tachada de "*manifiestamente*" arbitraria o ile-

gítima (cfr. Fallos: 314:258, cons. 21), sino también porque la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708 y 324:920, entre otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 321:441), principio que debe aplicarse con criterio estricto cuando la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere mayor debate y prueba.

La arbitrariedad "*manifiesta*", a mi modo de ver, tampoco encuentra sustento en el incremento de la carga tributaria que supuestamente trae aparejada la prohibición de emplear el mecanismo de ajuste establecido en el título VI de la ley 20.628, a poco que se repare –aún para el caso de verificarse tal aumento– que las leyes cuestionadas emanan del único poder del Estado investido de la atribución para el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912; 316:2329; 319:3400, entre otros) y han cumplido también con el requisito del art. 52 de la Constitución Nacional (ley 24.073, aprobada por la Cámara de Diputados en la sesión del 11 y 18 de marzo de 1992 y por el Senado en la sesión del 1 y 2 de abril de 1992; ley 25.561, aprobada por la Cámara de Diputados en la sesión del 5 de enero de 2002 y por el Senado en la sesión del 6 del mismo mes y año).

En tales condiciones, no puede desconocerse que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 313:410), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley –acto de suma gravedad institucional– exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424; 320:1166). Y que quien tacha de inconstitucional una norma tributaria aduciendo que viola sus derechos de propiedad e igualdad debe probar de modo concluyente cómo tal afectación ha tenido lugar (arg. Fallos: 314:1293 y 320:1166).

También se ha cuestionado el art. 5° del decreto 214/02, el cual dispuso que el coeficiente de estabilización de referencia, aplicable a los depósitos y deudas especificados en el art. 4° del mismo reglamento, no deroga lo establecido por los arts. 7° y 10° de la ley 23.928 (texto

según art. 4°, ley 25.561) y ratificó que las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la ley 25.561 no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste.

Entiendo que el análisis de la inconstitucionalidad de este precepto deviene abstracto, atento a lo dicho más arriba respecto del art. 39 de la ley 24.073 y 4° de su similar 25.561, en cuyas disposiciones encuentra fundamento suficiente la restricción cuestionada por la actora (Fallos: 293:708; 312:995).

Para finalizar, creo necesario destacar que las consideraciones anteriores no importan abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de la amparista en orden a los derechos que entienden le asisten, la que podrá –entonces– ser debatida y dilucidada por la vía pertinente.

– IV –

Por lo expuesto, opino que corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 246/251 en cuanto fue materia de apelación extraordinaria y rechazar *in limine* la demanda de amparo. Buenos Aires, 19 de noviembre de 2004. *Esteban Righi.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de junio de 2005.

Vistos los autos: “Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Economía s/ amparo”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen del señor Procurador General de la Nación, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y al que corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Sin perjuicio de ello, se estima pertinente agregar que el mero cotejo entre la liquidación del impuesto efectuada sin el ajuste por inflación, y la suma que correspondería abonar por el tributo en caso de aplicarse tal mecanismo de ajuste no es apto para acreditar la afectación al derecho de propiedad alegado por la actora. En efecto, pese a que en el segundo supuesto el importe sería sensiblemente inferior –y al margen de que se trata de cálculos presentados por la demandante sobre una materia compleja, como lo es la determinación del impuesto a las ganancias, efectuados sin intervención y sin haberse dado oportunidad de un adecuado control al organismo recaudador– resulta aplicable lo expresado al respecto por el Tribunal en un caso que guarda cierta analogía con el *sub examine* (Fallos: 320:1166) en el sentido de que "tal compulsa no trasciende el ámbito infraconstitucional, y sólo podría derivar de ella la mayor o menor bondad o equidad de un sistema por sobre el otro, pero no la demostración de la repugnancia de la solución establecida por el legislador con la cláusula constitucional invocada", máxime habida cuenta de que para que proceda la declaración de inconstitucionalidad se requiere que tal repugnancia sea "manifiesta, clara e indudable".

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Agréguese el recurso de hecho a los autos principales, y reintégrese el depósito de fs. 74. Notifíquese y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Interpuso el recurso extraordinario: **el Estado Nacional**, representado por **el Dr. Fabián Alfredo Salomón.**
Interpuso la queja por la denegación parcial: **el Estado Nacional**, representado por **el Dr. Juan Manuel Elizagaray**, con el patrocinio del **Dr. Enrique C. Carballo.**
Contestó el recurso: **Santiago Dugan Trocello S.R.L.**, representada por **los Dres. Julio Federik, Marina Barbagelata y Matilde Federik.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Paraná.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Paraná.**

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.

JULIO

ERNESTO JOSE ARRIGORRIAGA y Otros v. ANSeS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Seguridad social.

Corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación deducido contra la sentencia que confirmó la que había admitido la acción declarativa de certeza tendiente a que se declarara el cese por agotamiento del plazo de la reducción prevista en el art. 34 de la ley 24.018, pues los agravios sólo contienen una reiteración de los planteos sostenidos en las diferentes etapas procesales anteriores, pero no se hacen cargo de cuestionar con una crítica concreta y razonada las motivaciones fácticas y jurídicas de la sentencia.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Arrigorriaga, Ernesto José y otros c/ ANSeS s/ acción declarativa".

Considerando:

Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó la decisión anterior que había admitido la acción declarativa de certeza tendiente a que se declarara el cese por agotamiento del plazo de la reducción prevista en el art. 34 de la ley 24.018, la representante de la Administración Nacional de la Seguridad Social dedujo el recurso ordinario de apelación, que fue concedido y es procedente según lo establecido por el art. 19 de la ley 24.463.

Que los agravios propuestos en el memorial de la demandada sólo contienen una reiteración de los planteos sostenidos en las diferentes etapas procesales anteriores, pero no se hacen cargo de cuestionar con una crítica concreta y razonada las motivaciones fácticas y jurídicas de la sentencia, omisión que justifica declarar desierto el remedio in-

tentado (3er. párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara desierto el recurso ordinario de apelación concedido a fs. 200. Costas por su orden (art. 21 de la ley 24.463). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **la Administración Nacional de la Seguridad Social demandada en autos, representada por la Dra. María Elisa Margarita Sauré.**
Traslado contestado por **Ernesto José Arrigorriaga, actor en autos, representado por el Dr. Patricio José Raffo Benegas.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social. Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 10.**

ASTILLEROS VICENTE FORTE S.A.M.C.I. v. BANADE –EN LIQUIDACIÓN–

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

Son admisibles los recursos ordinarios de apelación deducidos contra la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios derivados del incumplimiento malicioso que imputó al BANADE, respecto de lo acordado en una resolución mediante la cual se plasmó la ayuda económica que prestaría a la actora a fin de poner en marcha su astillero por entonces inactivo y cancelar una antigua deuda, pues se dirigen 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 previsto por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708, y la resolución 1360/91 de la Corte Suprema.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La tolerancia administrativa o la falta de objeción expresa frente al incumplimiento del particular no importa conformidad ni impide –en tanto aquellas conductas no son *factum proprium*– la eventual objeción posterior, máxime teniendo en cuenta que, salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios derivados del incumplimiento malicioso que imputó al BANADE, si el hecho de que éste avalara las operaciones del primer tramo –para la puesta en marcha del astillero y el pago de la antigua deuda que la actora mantenía impaga con la demandada– y parcialmente las del segundo tramo, sin objetar las modificaciones del contrato, obedeció a la razonable expectativa de que la actora respetaría lo pactado con el armador y cumpliría las restantes condiciones para la entrada en vigencia del contrato, lo que no ocurrió.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a los daños y perjuicios si el razonamiento del *a quo* tendiente a demostrar que la demandada indebidamente suspendió el otorgamiento de avales, partió de una serie de premisas que no se compatibilizan con las constancias de la causa.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Se aparta de los usos y las prácticas bancarias el pretender que los gastos originados en un acto de asistencia financiera no sean saldados al otorgar dicha asistencia sino que se posponga su cobro, máxime si el BANADE actuó por cuenta y orden del astillero al efectuar la compraventa de títulos valores y su posterior liquidación en el mercado financiero, por lo que le asistía el derecho de quien cumple el encargo de un comitente, esto es, retener aquellos conceptos generados en la propia operación encomendada.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

No cabe considerar que la actora haya cumplido con las obligaciones a su cargo, en los términos de los arts. 510 y 1201 del Código Civil, si las diferencias en la paridad de los bonos liquidados “por el efecto mercado”, que implicó para la actora una importante disminución del monto total autorizado, no respondieron a una conducta “antifuncional” del BANADE, ya que lo impropio sería imponer a la demandada que posponga el recupero de tales diferencias, cargando con las negativas –aunque previsibles– consecuencias de la actuación de quien, como la actora, acudió a la negociación de títulos valores en el mercado financiero.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Corresponde revocar la sentencia y rechazar la demanda de daños y perjuicios, si no se demostró que la caducidad de la resolución mediante la cual se plasmó la ayuda económica que prestaría a la actora a fin de poner en marcha su astillero por entonces inactivo, y la consiguiente imposibilidad de llevar adelante el contrato de construcción de buques, puedan ser imputables al incumplimiento malicioso de la demandada, en los términos del art. 521 del Código Civil.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Astilleros Vicente Forte S.A.M.C.I. c/ BANADE en liquidación s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al revocar la sentencia de la instancia anterior, hizo lugar –en lo sustancial– a la demanda deducida por Astilleros Vicente Forte S.A. contra el Banco Nacional de Desarrollo por indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento malicioso que le imputa a dicho banco, respecto de lo acordado en la resolución 2147 del 6 de junio de 1991.

En aquella resolución, básicamente, se plasmó la ayuda económica que el Banco Nacional de Desarrollo prestaría a la actora con el fin de poner en marcha el astillero por entonces inactivo; cancelar una antigua deuda que mantenía el astillero con aquel banco y permitir el acceso a la financiación por parte de terceros para llevar adelante un proyecto de construcción de 10 buques portacontenedores de 5300 TPB por un precio total de 84 millones de dólares, que serían exportados a armadores noruegos.

Con tal objeto –y según será explicado con mayor detalle en el desarrollo de la presente– el Banco Nacional de Desarrollo se comprometió a otorgar a la actora garantías hasta un tope máximo de u$s 16.700.000, que se utilizarían para avalar la financiación que –mediante líneas de crédito en el mercado local– conseguiría el astillero y que destinaría del siguiente modo: a) un primer tramo de asistencia consistía en el otorgamiento de avales por u$s 5.700.000 que debían ser utilizados para cancelar una deuda anterior que mantenía la actora con el Banco Nacional de Desarrollo y para rehabilitar y poner en funcionamiento la planta en la que se construirían los buques; b) un segundo tramo consistente en otorgar avales por u$s 11.000.000 para garantizar el financiamiento parcial que obtendría el astillero con el objeto de construir los 10 buques encargados.

2°) Que la cámara adoptó dicha solución sobre la base de considerar que al momento de contratar el Banco Nacional de Desarrollo (de

aquí en más BANADE) sabía perfectamente que el astillero se encontraba en una delicada situación patrimonial (había salido de su estado de quiebra en el año 1986 y mantenía aún importantes pasivos) y por lo tanto la asistencia comprometida para construir los 10 buques no podía ser retaceada ni estar sujeta a deducciones puesto que implicaría la imposibilidad de llevar adelante el contrato de construcción acordado con los armadores escandinavos. En el criterio de la cámara si el BANADE había aprobado el "cash flow" presentado por el astillero (cálculo del flujo de fondos y de la utilidad esperada por la construcción) las sumas establecidas debían ser respetadas por dicho banco. Asimismo, ponderó que la decisión del caso exigía no perder de vista que el contrato entre el BANADE y el astillero y el suscripto entre éste y los compradores europeos guardaban entre sí una estrecha relación, a punto tal que este último mereció la aprobación en sus aspectos técnicos, de factibilidad y de rentabilidad por parte de funcionarios del banco demandado. Según el *a quo*, las condiciones a que estaba sujeto el primer tramo de la asistencia (cancelación de la antigua deuda y puesta en funcionamiento de la planta en la que se construirían los buques) fueron plenamente cumplidas y la relación de asistencia bancaria funcionó normalmente hasta que a mediados del año 1992 "...sufrió un giro de 180°" (fs. 1001), cuando el interventor en el BANADE ordenó suspender toda la operatoria relacionada con "Astilleros Vicente Forte S.A." y retuvo en su despacho el legajo del astillero. Para el *a quo* habría existido una orden de "parar todo" (fs. 1001 vta.) y la única explicación posible es la denuncia que en sede penal efectuó un diputado de la agrupación política MODIN mediante la cual endilgó a funcionarios del BANADE irregularidades en el otorgamiento de la asistencia financiera con que se benefició la actora. De acuerdo con el relato de la cámara, el astillero habría constituido en mora al BANADE y, tras sucesivos informes internos de la demandada, mediante un dictamen de la Subcomisión de Asuntos Legales del BANADE, del 18 de mayo de 1993, se le hizo saber a la actora que era ella quien estaba en mora y se detallaron los incumplimientos en que habría incurrido el astillero, en especial que mientras la asistencia bancaria había sido acordada para la construcción de 10 buques, sólo existía el encargo en firme de 3 o acaso solamente 1 buque. Aseveró el *a quo* que el astillero comunicó al BANADE que el armador noruego, por nota de fecha 25 de junio de 1993, había confirmado la opción por 7 buques más y que, por lo tanto, el contrato era por 10 buques (fs. 1020 vta. y sgtes.). Entre los hechos que dio por probados, el *a quo* destacó que del primer tramo de asistencia (u$s 5.700.000) fueron deducidos el importe de u$s 800.000 para cancelar la deuda anterior que con el

BANADE mantenía la actora y u$s 264.679 en concepto de honorarios de escribanos e impuestos sobre la compra de títulos valores, con lo cual el ingreso neto experimentó una quita del 19%. En el segundo tramo de la asistencia se autorizaron avales por u$s 4.500.000 pero este monto sufrió una importante disminución por haberse retenido honorarios de escribanos, por la atención de vencimientos de cupones de los títulos públicos y por diferencias en la paridad cambiaria de dichos títulos. En definitiva, se afirmó que no obstante que la asistencia comprometida alcanzaba hasta los u$s 16.700.000, la actora obtuvo nominalmente u$s 10.200.000 y neto sólo u$s 7.544.009, en razón de las detracciones realizadas y el posterior cese de la asistencia a partir de mediados del año 1992.

En la sentencia se reprochó al BANADE no haber respetado el principio de buena fe que rige el cumplimiento de los contratos, no haber prestado la suficiente colaboración ni haber extremado el cuidado y las diligencias necesarias para que el proyecto de construcción de los buques se llevara a cabo. En este sentido, se afirmó que la demandada sabía de la imperiosa necesidad del astillero de contar con la totalidad de la asistencia prometida y, en consecuencia, no debió aplicar quitas al capital o detraer débitos de éste por rubros accesorios, pues aunque en la resolución del 6 de junio de 1991 se habían incluido cláusulas que habilitaban dichas detracciones, no se había estipulado que podían ser hechas antes de la finalización del emprendimiento. Esto fue calificado por el *a quo* como al menos "...una conducta antifuncional del Banco" (fs. 1011 vta.). Tampoco tuvo por acreditado en la causa el estado de mora del astillero que adujo la demandada y que conllevaría al fin del acuerdo.

En otro orden de ideas tuvo en cuenta que si bien la actora renegoció el contrato de construcción de buques y el 12 de septiembre de 1991 acordó en firme la construcción de tres buques y la opción del comprador a otros siete, esto lo hizo con el fin de disminuir el costo de las garantías y las modificaciones no fueron objetadas por la demandada (fs. 1017 vta. y 1018). Expresó, además, que después de las modificaciones contractuales obtenidas el 16 de junio de 1992, la actora solicitó un incremento de avales de u$s 12.600.000 porque el monto previsto para el segundo tramo no alcanzaba, pero en el juicio del *a quo*, esto no podía ser interpretado como lo hizo la demandada en el sentido de que el astillero no podía cumplir con el encargo. Dicho incremento de avales también fue pedido en diciembre del mismo año y no fue aceptado por la demandada.

Analizó las obligaciones contractuales que en el criterio del BANADE la actora no cumplió y que, según dicho banco, habrían justificado la negativa a aportar el segundo tramo de la financiación. Al respecto señaló: a) que la apertura de una carta de crédito por parte del armador tal como se había estipulado, esto es, del 95% del precio contractual, tenía un altísimo costo financiero y por eso el astillero buscó mediante renegociaciones contractuales otras formas de garantías que disminuyeran aquel costo. Según el *a quo*, fue la conducta del BANADE la que obstaculizó las negociaciones emprendidas al no dar contestación sobre la garantía ofrecida, que se adaptaba a las nuevas condiciones contractuales (ver fs. 1026 y 1027). Además, expresó que mantener las garantías iniciales frente a las renegociaciones que la actora realizó hubiese importado un abuso del derecho; b) si el astillero no obtuvo la financiación necesaria no fue ajena a ello la conducta del BANADE que se negó a otorgar en el segundo tramo parte de los avales prometidos; c) descartó que el astillero fuera un deudor moroso del BANADE en términos tales que permitieran poner fin al contrato pues el acuerdo no establecía plazos de pago para los créditos sino que los créditos se debitaban en una cuenta con los respectivos intereses, cuyo recupero se efectuaría al concluir el emprendimiento; d) en cuanto a que no hubo avance de las obras (no se llegó a construir ningún buque) y que por esta razón no se otorgaron parte de los avales del segundo tramo, atribuyó dicha falta de avances al hecho de que cuando el astillero se disponía a iniciar la adquisición de insumos (acero) el BANADE interrumpió la asistencia financiera.

Tras este examen el *a quo* concluyó que hubo un incumplimiento por parte del BANADE deliberado y con plena conciencia del daño, razón por la cual debía responder por los daños y perjuicios ocasionados, en los términos del art. 521 del Código Civil. Así, tras desestimar el daño moral reclamado y un eventual reclamo por parte de los armadores noruegos, admitió, en cambio, la procedencia del lucro cesante, de los costos improductivos y los adelantos a proveedores, con los alcances detallados en los considerandos XXII y XXIII de la sentencia.

3°) Que contra la sentencia ambas partes interpusieron recursos ordinarios de apelación (fs. 1056 y 1057), los que fueron fundados (fs. 1396/1404 y 1408/1432) y concedidos (fs. 1107). Dichos recursos resultan formalmente admisibles toda vez que se dirigen 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 previsto por

el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708, y la resolución 1360/91 de esta Corte.

4°) Que la actora, básicamente, se quejó de que la sentencia limitó el resarcimiento en concepto de lucro cesante y pidió, en consecuencia, la elevación del monto a la suma fijada en el peritaje, esto es, u$s 14.700.000.

5°) Que la demandada, en cambio, solicitó que se deje sin efecto el pronunciamiento porque si bien admitió que la cámara hizo un exhaustivo examen del caso, sostuvo que toda la tesis del fallo está construida a partir de un error inicial, esto es, el de pretender que el BANADE debió hacer cosas a las que no estaba obligado ni por las resoluciones 2147/91 y 2168/91, ni por su carta orgánica, ni por las normas aplicables a la administración bancaria, e ignorar que, de haberlas hecho, los funcionarios actuantes hubieran incurrido en faltas graves o delitos (fs. 1428 vta.). En el concepto de la demandada, la cámara ha supuesto que el principio de buena fe que rige la celebración de los contratos y el de colaboración en su cumplimiento, obligaba al BANADE a una suerte de auxilio aunque el astillero presentara una situación de riesgo y no cumpliera con las obligaciones pactadas. En el mismo orden de ideas, expresó que el *a quo* se había equivocado al suponer que los bancos oficiales, como lo es el demandado, por el hecho de asistir operaciones con fines de fomento, deban ser considerados como "entidades de beneficencia". Agregó que dichos bancos "no son socios de sus clientes" y si aquéllos advierten "...en un momento dado que el deudor no está en condiciones de pagar su deuda o que corre peligro de insolvencia, la lógica más elemental obliga a tomar los recaudos pertinentes, el primero de los cuales es suspender las entregas de dinero o el otorgamiento de nuevos avales" (fs. 1411 vta.). Tampoco coincidió con el alcance del "sentido social" que la sentencia reclama en la actuación de los bancos públicos, pues implicaría sostener que un "...banco público no debe privilegiar el cobro de sus acreencias, sino, en todo caso, posponer la cobranza hasta el momento en que la erogación cause el menor perjuicio a los intereses del cliente, es decir, cuando éste pueda pagarlo" (fs. 1412 vta./ 1413).

Señaló que la cámara había errado al sostener que la decisión del BANADE de suspender el otorgamiento de nuevos avales fue la causa determinante que frustró el negocio con los armadores noruegos, pues la obligación asumida por el BANADE consistió solamente en otorgar

avales –no en el préstamo de dinero– respecto del 15% del costo total de los buques a construir, mientras que competía al astillero obtener el 100% de la financiación que permitiría dicha construcción. Dijo que "...no surge del fallo apelado, ni se apoya en la lógica, que el BANADE deba responder por la frustración de un negocio de u$s 84.000.000, cuando su obligación no fue prestar una suma de dinero, sino otorgar avales hasta u$s 16.700.000, para que el Astillero pueda conseguir [los] créditos...". Menos aún, cuando quedó acreditado en el juicio que de los u$s 16.700.000 comprometidos como monto máximo, el BANADE otorgó avales por u$s 10.200.000 (fs. 1414). Recalcó en varios pasajes del memorial que en ningún momento se había acreditado en la causa que el astillero hubiera conseguido la financiación para construir los buques y que dicha financiación no hubiese podido hacerse efectiva porque el BANADE no le concedió más avales; asimismo, destacó que tampoco este punto fue abordado en la sentencia.

Rechazó lo afirmado por el *a quo* en el sentido de que el BANADE efectuó indebidamente deducciones o quitas (gastos, honorarios de escribanos, impuestos, etc.) que disminuyeron el monto de los avales comprometidos, pues tal clase de deducciones fue expresamente pactada en la resolución del 6 de junio de 1991 (hecho admitido en la sentencia) y, además, responde a la práctica de cualquier operación financiera que quien recibe garantías o dinero para un financiamiento paga los gastos originados por la operación en el acto que se celebra ésta.

Negó que la decisión del BANADE de no otorgar más avales hubiera obedecido a una supuesta orden de un funcionario de "parar todo" (fs. 1415 vta.), pues aquella decisión fue examinada por varias autoridades y tomada ante los incumplimientos del astillero y la comprobación de no haber utilizado gran parte del dinero para la finalidad invocada al solicitar la asistencia financiera. Expresó que al tiempo de suspenderse el otorgamiento de parte del segundo tramo de avales, el astillero no había comprado ni un solo insumo pese al hecho de haber transcurrido más de dos años y de haber recibido el 60% de los avales comprometidos (fs. 1416/1416 vta.). También hizo hincapié en otros incumplimientos del astillero, a saber: no haber acompañado el contrato en firme para la construcción de 10 buques; no haber presentado la carta de crédito que se había pactado; no haber cancelado las operaciones de crédito que debieron ser asumidas por el BANADE (fs. 1417).

Destacó que los avales que fueron pactados tenían por finalidad cancelar una antigua deuda del astillero con el BANADE, poner en funcionamiento la planta industrial de la actora y comenzar a construir los buques, razón por la cual las renovaciones sucesivas a las que se obligó el BANADE (hasta un monto total de u$s 16.700.000) suponían –obviamente– la cancelación de los créditos avalados por parte de la actora para, de ese modo, poder tomar nuevas financiaciones que también serían avaladas. Según relató, como los buques se construirían en forma sucesiva, una vez terminados los primeros, lo previsible era cancelar con su precio las deudas avaladas por el BANADE y abrir nuevas cartas de crédito para adquirir los insumos necesarios para la construcción de los otros buques. Sin embargo, transcurridos dos años desde la firma de la resolución que establecía las obligaciones de las partes, no se había comprado ningún insumo, no se había abierto ninguna carta de crédito, y que ni siquiera se demostró que se había conseguido el financiamiento necesario. Asimismo, afirmó que no es cierto lo expuesto por la cámara en el sentido de que el astillero no se encontraba en mora porque no se había previsto ningún plazo de vencimiento para la devolución de los préstamos avalados por el BANADE, y que es inadmisible sostener –como lo hizo la sentencia– que dicho banco sólo podía reclamar al astillero las deudas avaladas impagas una vez que concluyera con la construcción y venta de los buques. Aclaró que el astillero le había encomendado al BANADE la gestión de convertir en dinero títulos de la deuda pública que la actora obtuvo de otras instituciones en préstamo, operación que fue avalada por el BANADE y que, según explica, fue una forma de "monetizar" los avales (fs. 1420). Sin embargo, al vencimiento de dicho préstamo, la actora no devolvió los títulos públicos ni su correspondiente valor en dinero, razón por la cual el BANADE, en calidad de avalista, tuvo que asumir la deuda.

Se explayó acerca de que el astillero no había cumplido con la obligación que surgía de la resolución del 6 de junio de 1991 relativa a presentar un contrato en firme para la construcción de 10 buques, obligación que no puede considerarse cumplida –como se pretendió– con la presentación de un contrato para la construcción de "...un buque, con opción a otros cuatro más y una segunda opción a cinco más" (fs. 1422), o de "...tres buques y la opción del comprador a otros siete" (fs. 1421 vta.). Restó valor a la nota del armador presentada por la actora en la que se ejercería la opción de compra de los 10 buques, después de un largo incumplimiento y antes de que el BANADE resolviera cancelar la operación, pues se trató de un "manotón de ahogado"

que no suplía a un compromiso de compra en firme (fs. 1423). Tampoco nunca acreditó haber conseguido el financiamiento que le permitiría construir los buques, incumplimiento éste que consideró tanto o más relevante que el anterior (fs. 1423 vta.).

Por último, en cuanto a los incumplimientos de la actora señaló que de acuerdo con lo pactado, aquélla debió abrir una carta de crédito por el 95% del precio contractual y que no es admisible entender –como lo hizo la sentencia– que las nuevas modalidades del contrato justificaban incumplir este requisito (fs. 1426 vta.); menos aún, puede aceptarse una dispensa sobre la base de que la apertura de dicha carta de crédito implicaba para el astillero una "pesada carga financiera" (fs. 1425/1425 vta.). Desechó de plano el valor que pretendió atribuir la sentencia a una comunicación enviada por el American Express Bank, en tanto "...no contenía ninguna operación en firme" (fs. 1425 vta.). Tras descartar toda similitud con el precedente "Conapa" pues los hechos de ese caso "...no tienen nada que ver con los que aquí debatimos" (fs. 1429 vta.), en la eventualidad de que la demanda no sea rechazada, desarrolló a fs. 1430 a 1432 sus cuestionamientos en relación a los rubros de la indemnización cuya procedencia admitió la sentencia apelada.

6°) Que de lo expuesto resulta que mientras la demandada sostiene que su contraria se hallaba en mora en el cumplimiento de las obligaciones pactadas con anterioridad a la fecha en que se declaró caduca la resolución 2147, la actora aduce que fue la parte demandada la morosa en el cumplimiento del contrato, pues en forma abrupta y maliciosa interrumpió la asistencia financiera comprometida.

7°) Que en el desarrollo de su actividad industrial, Astilleros Vicente Forte tuvo, con anterioridad a los hechos que originan esta causa y desde antigua data, una vinculación crediticia con el BANADE, producto de la cual mantuvo con éste una deuda que –pese a las tratativas y las acciones judiciales iniciadas– nunca fue pagada por el astillero, hasta que con el dictado de la resolución 1927 del 20 de diciembre de 1990 se instrumentó un particular modo de cancelación. En efecto, en esta resolución se aceptó que la deuda del astillero (calculada en u$s 2.273.916) **fuera reducida y saldada mediante la entrega de cierta cantidad de obligaciones de la deuda externa argentina, o, en su defecto, mediante la entrega de u$s 800.000 dólares billetes** (ver documentación identificada como

VI, 1, obrante en uno de los dos sobres que acompañan a los cuerpos nros. 5 y 6 de los expedientes agregados). Así fue que con posterioridad, a raíz de la asistencia financiera que Astilleros Vicente Forte solicitó al BANADE para llevar a cabo el contrato de construcción de buques que se examina en esta causa, se pactó como una de las condiciones de dicha asistencia, que Astilleros Vicente Forte cancelara aquella deuda pero no mediante la efectiva entrega de bonos externos por parte del astillero, sino por medio de una retención que efectuaría el BANADE al momento de liquidar el primer tramo de la nueva asistencia pactada para la construcción de los 10 buques portacontenedores (ver punto 3.1. d, de la resolución 2147, del 6 de junio de 1991, en documentación identificada como VI.2 en los sobres de las actuaciones antes citadas).

8°) Que es importante detenerse en el contenido de la citada resolución 2147, del 6 de junio de 1991, en tanto en ella el BANADE ha establecido las condiciones básicas de la ayuda de orden económico que se comprometió a prestar a la actora para que ésta pudiera hacer frente a una parte de los compromisos que le demandaba la construcción de los buques. No se trató de una clásica operación de prefinanciación o de financiación, pues la ayuda requerida no consistió en el otorgamiento de una línea de crédito de dinero en efectivo para financiar el proyecto; tampoco se pactó la asunción de obligaciones por parte del BANADE relativas al monto global de la operación (originariamente, u$s 84.000.000, precio que luego fue fijado en u$s 91.600.000), sino que –como se adelantó en el considerando 1° de la presente– se estableció que el BANADE, **hasta el límite máximo de u$s 16.700.000, otorgaría garantías** –en dos tramos– con el objeto de respaldar el cumplimiento de los contratos de financiación local que debía gestionar y obtener Astilleros Vicente Forte. Dichos tramos consistían en que: a) se garantizaría hasta el importe de u$s 5.700.000 que debía utilizarse en cancelar la deuda a la que se ha hecho referencia en el considerando precedente (convenida en u$s 800.000) y en rehabilitar y poner en marcha el astillero que tras el estado de quiebra de Astilleros Vicente Forte se hallaba inactivo; b) se garantizaría hasta el importe de u$s 11.000.000 cuyo destino sería "financiar parcialmente la construcción de 10 (diez) buques portacontenedores de 5.300 T.P.B., a exportar para armadores escandinavos, según contrato de compraventa suscripto el 9.11.90 con LIAS HOLDING INC., Panamá, por un precio total de u$s 84.000.000.-" (puntos 2.1. y 2.2. de la resolución 2147).

Estas garantías, según se estableció, "serán extendidas por este Banco, y estarán vigentes" en tanto se cumplieran, básicamente, las siguientes condiciones:

1°) Respecto del primer tramo debían presentarse el contrato de construcción de buques, debidamente firmado con el comprador y habilitado, los planos aprobados y las especificaciones técnicas y los contratos de financiación local concertados por la titular Astilleros Vicente Forte, cuyos textos –al igual que las garantías que debía ofrecer Astilleros Vicente Forte– debían ser previamente aprobados por el BANADE. Asimismo, Astilleros Vicente Forte debía constituir una hipoteca civil sobre la planta industrial del astillero por valor de u$s 7.000.000; el señor Vicente Francisco Forte debía constituir una fianza solidaria por valor de u$s 5.700.000 y debía cumplirse la resolución del BANADE 1927 del 20 de diciembre de 1990, es decir, cancelar la deuda de u$s 800.000 (puntos 3.1. y 3.3. de la resolución 2147).

2°) Respecto del segundo tramo, además de cumplir con las obligaciones antes señaladas, debían haberse cumplido entre Astilleros Vicente Forte y LIAS HOLDING INC. las condiciones para la entrada en vigencia del contrato de construcción de los buques; debía haberse constituido una prenda fija sobre los bienes existentes en la planta del astillero y una hipoteca naval sobre cada buque a construir por valor de u$s 8.400.000, y el BANADE debía verificar la necesidad de financiación local, **conforme al avance de las obras** (punto 3.2. de la resolución 2147).

Entre las condiciones generales se estableció: que el incumplimiento por la deudora de cualquiera de las obligaciones del acuerdo, facultaría al BANADE a exigir el inmediato pago de las cuotas vencidas y a vencer, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna; que el BANADE quedaba facultado para debitar en la cuenta corriente ordinaria de la deudora las sumas necesarias para cubrir las cuotas vencidas y a vencer con más los intereses correspondientes, comisiones, gastos y todo otro accesorio por cualquier concepto originado en el acuerdo, adicionándose a la tasa de interés fijada un 50% de recargo por mora (punto 7, cláusula anexa); que el BANADE cobraría como comisión una tasa del 1,2% anual sobre los saldos de las sumas garantizadas, pagadera por semestres o fracciones vencidas, devengables desde las fechas de extensión de las garantías hasta sus cancelaciones (punto 8.1); que como mejora del pago de la deuda de u$s 800.000 que debía cancelar Astilleros Vicente Forte, con la expor-

tación de cada buque debía abonarse al BANADE una suma de u$s 40.000 y, finalmente, que "todos los gastos, honorarios e impuestos emergentes de la constitución de las garantías establecidas en la presente, serán por cuenta y a cargo del titular" (punto 10 de la resolución 2147 del 6 de junio de 1991).

9°) Que el 20 de junio de 1991, mediante el dictado de la resolución 2168, se mantuvieron las condiciones concertadas entre las partes, pero con relación al primer tramo (garantías a otorgar por el BANADE por valor de u$s 5.700.000) se introdujo una modificación que consistió en que a opción de Astilleros Vicente Forte se utilizara la forma de garantía prevista originariamente, o bien se utilizara la garantía en relación a préstamos en títulos valores públicos nacionales, conforme al régimen de la comunicación "A" 990 del BCRA. Dichos préstamos debían ser gestionados y obtenidos por Astilleros Vicente Forte, tener un plazo mínimo de 370 días, y el BANADE se reservaba la tarea de 'intermediación' por la cual cobraría una tasa de interés que sería fijada por ese banco. Posteriormente, el 28 de noviembre de 1991, con relación al segundo tramo (garantías a otorgar por el BANADE por valor de u$s 11.000.000), se autorizó que dichas garantías se utilizaran no sólo para respaldar el cumplimiento de contratos de financiación local que debía obtener Astilleros Vicente Forte, sino para la extensión de avales con relación a los equipos a importar y para la apertura de créditos documentarios de importación. Con fecha 17 de febrero de 1992 se incrementó a u$s 7.300.000 el importe del primer tramo para operar con préstamos de títulos valores en los términos de la comunicación "A" 990 del BCRA, pero, como se buscaba mantener el importe global originario (u$s 16.700.000), se redujo a u$s 9.400.000 el importe del segundo tramo, decisión que por su carácter transitorio, se decidió anular el 30 de junio de 1992. Tras modificar el importe de la prenda fija a constituir por Astilleros Vicente Forte, el 22 de abril de 1992, por resolución del BANADE se modificó el importe de la hipoteca naval en primer grado que no sería inferior a u$s 16.700.000, y se fijó como plazo de la operación concertada entre las partes el de 60 meses a partir de la constitución de la hipoteca civil sobre la planta industrial.

10) Que el contrato para la construcción de buques que en un origen fue presentado por Astilleros Vicente Forte al BANADE para solicitar la asistencia financiera, fue el celebrado por Astilleros Vicente Forte con la firma Lías Holding Inc. Panamá (tiempo después sustituida por la firma Bredrup Shipping A/S), el 9 de noviembre de 1990,

en Oslo. Dicho contrato previó la construcción de 10 buques de las características que detalla, cuya entrega se produciría en forma sucesiva y escalonada (el 15 de agosto de 1992 el primero de ellos y el 15 de enero de 1995 el último) por un precio de u$s 8.400.000 por buque y un precio total para los 10 buques de u$s 84.000.000. Entre las condiciones principales que se pactaron –y que interesa retener para la solución del caso– se estableció que al momento de entrada en vigencia del contrato los compradores pagarían a los constructores (Astilleros Vicente Forte) un 5% del precio total de los 10 buques; posteriormente, cuatro cuotas sucesivas equivalentes al 10% de dicho precio y, al momento de entrega de cada buque, el 85% del valor de cada buque. Además, antes o simultáneamente con el pago del primer 5% del precio total, el comprador debía abrir una carta de crédito irrevocable y confirmada a favor de los constructores que cubriese el 95% del precio de compra (esta documentación está en el sobre al que se ha hecho referencia, bajo el rótulo VI.4).

Es importante destacar que cuando el BANADE comprometió su asistencia financiera, tuvo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato que se reseñó precedentemente; sin embargo, una serie de negociaciones realizadas por Astilleros Vicente Forte con los armadores y proveedores extranjeros con el fin de reducir el costo financiero de las garantías a otorgar, se plasmaron en sucesivas modificaciones que importaron, con relación a algunos aspectos del contrato, un cambio sustancial (todas las modificaciones que a continuación se detallan obran en un sobre que acompaña a los cuerpos Nros. 5 y 6 de los expedientes administrativos, bajo el rótulo VI.4.).

Así, el 12 de septiembre de 1991, se firmó en Oslo un nuevo contrato cuyo objeto ya no era la construcción de diez buques, sino la construcción de tres buques, "...con opción de uno (1) más uno (1) más hasta cinco (5) buques más (total 10 buques)". Las primeras dos opciones debían ser hechas por el comprador por escrito antes del 10 de diciembre de 1991 y las siguientes cinco opciones antes del 30 de junio de 1992 (cláusula 1 del contrato). Si bien se mantuvo el precio de cada buque (u$s 8.400.000), se estipuló un precio total para tres buques (u$s 25.200.000) puesto que éste era el objeto cierto del contrato, y también el precio de las opciones, para el supuesto de que éstas fueran ejercidas (cláusula 3 y cláusula adicional I del contrato). En cuanto al modo de pago, a diferencia del contrato anterior, se estableció que simultáneamente con la entrada en vigencia del contrato se pagaría un 5% del precio de **un solo buque**, dos pagos posteriores tam-

bién del 5% del valor de un buque, y al momento de entrega de cada buque el 85% restante (cláusula 4 del contrato). Se mantuvo la obligación de que con anterioridad o en forma simultánea a la entrada en vigencia del contrato, el comprador abriera una carta de crédito irrevocable y confirmada a favor de los constructores que cubriese el 95% del precio de compra (cláusula 4 y cláusula adicional II del contrato).

El 16 de junio de 1992, tras las reuniones mantenidas en Buenos Aires entre Astilleros Vicente Forte y el comprador, se firmó un acuerdo preliminar que introdujo nuevos cambios con relación al último contrato del 12 de septiembre de 1991. Se estipuló la construcción de un buque, "...con opción de [cuatro buques], más la opción de cinco buques más (total, 10 buques)". Las primeras cuatro opciones debían ser declaradas por escrito por el comprador el 31 de agosto de 1992 o antes de esa fecha, y las restantes cinco opciones el 30 de noviembre de 1992 o con anterioridad a dicha fecha **–A) Párrafo N. 1. El buque–**. En cuanto a la forma de pago, se estableció esta vez que en relación "...a los primeros buques..." los compradores pagarían a los constructores durante la construcción u$s 3.000.000 por buque mediante la provisión de equipos y, contra la entrega del primer buque, la suma de u$s 5.600.000 **–C) Párrafo N. 4. Forma de pago–**. Según se estableció, el contrato de provisión de equipos se suscribiría con N.C. International B. V., por un monto de u$s 4.580.000, de los cuales el constructor otorgaría una garantía por valor de u$s 1.580.000 por buque en favor del comprador y del proveedor de los equipos. **–H) ADDENDUM IV al contrato de fecha 12 de septiembre de 1991–**. En lo que respecta al precio, se estableció para el primer buque una suma de u$s 8.600.000, para los siguientes cuatro buques u$s 36.000.000, y para los siguientes cinco buques u$s 47.000.000, lo que elevaba el monto global del contrato –en el supuesto de ejercerse todas las opciones– a la suma de u$s 91.600.000 **–E) ADDENDUM I al contrato de fecha 12 de septiembre de 1991–**.

Finalmente, el 2 de abril de 1993 un nuevo acuerdo preliminar entre Astilleros Vicente Forte y Bredrup Shipping A/S incluyó en los acuerdos anteriores, básicamente, estos ítems: que "el armador ejerce la opción para la construcción de los primeros tres buques"; que con relación a la provisión de los equipos para cada buque, mientras el armador debía otorgar una garantía para cubrir el importe de u$s 3.000.000, el astillero otorgaría al proveedor una garantía para cubrir el 30% de cada entrega hasta la suma de u$s 1.600.000 para cada buque, y que cinco meses antes de la fecha de entrega de los

buques el armador otorgaría al astillero una garantía bancaria para cubrir el resto del precio del buque (u$s 5.600.000) –puntos a, b, c y d del acuerdo preliminar–.

11) Que las dificultades para el cumplimiento de las condiciones pactadas entre Astilleros Vicente Forte y la firma compradora en el contrato originario de construcción de buques (suscripto el 9 de noviembre de 1990) surgieron prácticamente desde su suscripción, lo cual no sólo motivó las sucesivas modificaciones de aquel contrato, sino que dio lugar a dos presentaciones de Astilleros Vicente Forte ante el BANADE que daban cuenta de dichas dificultades para cumplir con lo pactado. La primera, de fecha 1° de abril de 1992 (esto es, **antes de la fecha que se declaró como de entrada en vigencia del contrato**; ver fs. 914/915, 993 y 994 del cuerpo N° 14 de los expedientes administrativos agregados), y la segunda, del 23 de junio de 1992, es decir, **antes de que la demandada otorgara en forma parcial el segundo tramo de avales y se produjera el incumplimiento que se le achaca al BANADE**. En aquéllas básicamente se da cuenta de que para la apertura de la carta de crédito irrevocable y confirmada que abriría el comprador en favor del astillero (una de las condiciones a las que se sujetó el contrato de construcción y el otorgamiento de la asistencia financiera) se le exigía a éste que un banco internacional de primera línea avalara los anticipos que enviaría el comprador. Así –según adujo Astilleros Vicente Forte–, intentó ofrecer un aval en Bonex que no fue aceptado porque ningún banco "quería tomar riesgo argentino a más de un año" y, en consecuencia, propuso que aquellos anticipos quedaran a la orden en el mismo banco extranjero que otorgaría el aval, lo cual significaba verse privado de un 15% del contrato (o sea u$s 12.600.000). Por este importe, precisamente, el 1° de abril de 1992, Astilleros Vicente Forte solicitó al BANADE que le ampliara el límite concedido en la resolución 2147, del 6 de junio de 1991 (esto es, a la suma de u$s 11.000.000 correspondiente al segundo tramo de avales, pidió que se adicionara una extensión de avales por un importe casi igual al de origen). En la segunda de las presentaciones, adujo que "cuando a principios de 1992 se empezó a instrumentar el detalle fino de las garantías bancarias se observó que su costo real era muy superior al estimado en origen" y que se estaban buscando "...variantes que garantizaran en forma satisfactoria a las partes, pero a un menor costo bancario...". Concretamente, Astilleros Vicente Forte manifestó que de acuerdo con las tratativas mantenidas con los armadores que culminaron con el acuerdo preliminar firmado el 16 de junio de 1992, se estableció que "el comprador

garantizará el pago del saldo de precio a la entrega mediante instrucción irrevocable de pago de un crédito que le otorgó un banco aceptable para el Astillero (en principio el NMB Bank de Holanda)...” con destino a la compra del buque. Y agregó: “Se está buscando una forma legal adecuada para lograr un instrumento de crédito equivalente a una carta de crédito pero con mucho menor costo bancario. La típica carta de crédito para exportaciones comunes que se concretan dentro de los 180 días, tiene un costo muy elevado para buques por el gran plazo que requiere su construcción”. Asimismo, reiteró en esa presentación su pedido de que se incrementara en u$s 12.600.000 más el límite de avales que el BANADE había comprometido al dictar la resolución 2147 que ligó a las partes (ver las notas que como anexo 17 figuran en el sobre que acompaña a los cuerpos Nros. 5 y 6 de los expedientes agregados y fs. 957, del cuerpo N° 14 bis de dichos expedientes).

Meses más tarde, el 15 de diciembre de 1992, mediante una nota dirigida al Banco de la Nación Argentina (banco que se haría cargo del BANADE ante el anunciado cierre de éste), volvió a intentar una “reestructuración de la asistencia crediticia comprometida”, es decir, pretendió el otorgamiento de avales adicionales por la suma de u$s 4.500.000 y de u$s 12.600.000; la concesión de un financiamiento a largo plazo respecto de todos los avales; la conversión a largo plazo del “...actual pasivo a corto plazo”. Asimismo, peticionó que el segundo tramo de avales aún no otorgados fuese reemplazado por un “fondeo a largo plazo”.

Es importante retener el contenido de esta última nota de Astilleros Vicente Forte, pues si bien se presentó una vez producido el incumplimiento que endilga al BANADE y tuvo por objeto demostrar que dicho banco retaceó avales del segundo tramo de la resolución 2147, contiene una expresa admisión por parte de Astilleros Vicente Forte de las razones que, en su criterio, perjudicaron el cumplimiento del contrato tal como fue concebido originariamente, algunas de las cuales distan de ser atribuibles a la conducta asumida por la demandada durante el cumplimiento del contrato. Así, atribuyó al anuncio de cierre del BANADE el comienzo de las dificultades para “...la obtención de fondos a largo plazo con los avales otorgados. Ante tal dificultad, se inicia una negociación con los compradores a los efectos de minimizar el costo financiero de las garantías a entregar. Dicha negociación culmina con la firma de un nuevo acuerdo el 16/6/92...” con los compradores noruegos. Agregó que “**las acciones tomadas en**

relación al cierre del BANADE, quien fue presentado como el banco argentino interviniente, amenazan con malograr este contrato y llevar a nuestra empresa a una situación financiera insostenible". Adujo, además, que "el aumento de paridad de los bonex tomados con aval de BANADE determinó que a la renovación de los préstamos se nos afectaran montos crecientes del límite de avales sin percibir ingresos efectivos de fondos por los valores correspondientes" (ver fs. 1047/1054, del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados).

12) Que, en primer término, corresponde realizar las siguientes aclaraciones: a) La asistencia que mediante la resolución 2147, del 6 de junio de 1991, comprometió el BANADE con respecto al proyecto de construcción de buques, implicaba para las partes la asunción de obligaciones recíprocas y el cumplimiento en forma permanente de ciertas condiciones, sin cuya existencia no serían exigibles las garantías del BANADE. En este sentido es clara la cláusula reseñada en el considerando 8° de la presente, relativa a que las garantías "serán extendidas... y estarán vigentes..." en tanto se cumplan las condiciones que allí se detallan, o bien, la que establece que el BANADE otorgaría los avales del segundo tramo de la operación, previa verificación de la necesidad de financiación local por parte del astillero, conforme al avance de las obras (ver punto 3 y punto 3.2.c, de la resolución 2147, del 6 de junio de 1991); b) Puesto que la actora sustentó la reclamación de daños y perjuicios en el incumplimiento malicioso del BANADE porque éste habría interrumpido unilateralmente el otorgamiento de avales, es pertinente examinar –y así se hará en este pronunciamiento– si al producirse el supuesto incumplimiento de la demandada, la actora había cumplido con las obligaciones a su cargo (arts. 510 y 1201 del Código Civil), las que a ese tiempo –según lo señaló la demandada– consistían, básicamente, en haber abierto una carta de crédito irrevocable y confirmada que respaldara el contrato de construcción de buques; que dicho contrato fuese un contrato en firme respecto a la totalidad de los buques, esto es, 10 buques; haber obtenido la financiación local del proyecto y hallarse al día respecto de los vencimientos producidos por las operaciones con títulos públicos; c) En el examen antes indicado se tendrá en cuenta que, según la actora, el incumplimiento de la demandada se produjo en **el mes de agosto de 1992** y ésta fue constituida formalmente en mora **el 15 de septiembre de 1992** (fs. 1150, cuerpo N° 15 de los expedientes agregados; fs. 746 y 748 del expediente principal y 995 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados).

13) Que una de las condiciones establecidas por la resolución 2147 del 6 de junio de 1991 para habilitar el segundo tramo de avales hasta el importe de u$s 11.000.000, fue el cumplimiento de los recaudos exigidos para la entrada en vigencia del contrato de construcción de buques, entre ellos, que el comprador abriera a favor del constructor una carta de crédito irrevocable y confirmada que cubriese el 95% del precio de compra (cláusula adicional II del contrato suscripto el 9 de noviembre de 1990, esto es, el contrato que evaluó el BANADE al conceder la asistencia financiera). La actora comunicó al BANADE que se habían cumplido las condiciones para la puesta en vigencia del contrato y que el N.M.B. Bank, Holanda, "será el banco abridor de la carta de crédito" (esto ocurrió el 18 de mayo de 1992 y luego se pospuso la entrada en vigencia del contrato de construcción de buques hasta el 16 de junio de 1992, fecha en que se produjo la segunda modificación de dicho contrato; ver fs. 914/915, 993 y 994 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados). Sin embargo, dicha carta de crédito nunca fue abierta, y en este punto cabe detenerse, pues la cámara hizo extensas consideraciones en el sentido de que ante las posteriores modificaciones que sufrió el contrato celebrado entre Astilleros Vicente Forte y los armadores noruegos, era contraria a la naturaleza de los nuevos compromisos asumidos la exigencia de la apertura de una carta de crédito, tal como se había previsto en la citada resolución 2147 del 6 de junio de 1991 que otorgó la asistencia.

Es cierto que el contrato de construcción se sujetó a diversas y sucesivas modificaciones –pactadas entre el astillero y el armador y por razones ajenas a la demandada– que implicaron importantes modificaciones en relación a la forma de pago, esto es, a partir del acuerdo preliminar del 16 de junio de 1992 –contrato vigente al momento en que, según la actora, el BANADE se hallaría en mora–, el comprador no adelantaría en favor del astillero pagos en efectivo desde la entrada en vigencia del contrato (que escalonados totalizaban un 15% del precio pactado) y el 85% restante al momento de la entrega de cada buque, sino que durante la construcción de los buques pagaría parte del precio de compra mediante la provisión de equipos (u$s 3.000.000), y contra la entrega de cada buque el saldo restante del precio de compra (u$s 5.600.000) –ver en el considerando 10 de la presente, la cláusula que se identifica como "**C) Párrafo N.4. Forma de pago**"–.

Sin embargo, nada indica –ni resulta lógico concluir– que en una operación de tamaña magnitud (con un precio por unidad de

u$s 8.600.000 y un valor total de contrato en relación a los 10 buques de u$s 91.600.000) se pudiera dispensar la emisión de un instrumento que, aunque adaptado a las nuevas modalidades contractuales de pago, respaldara de un modo suficientemente seguro la totalidad del compromiso asumido por el comprador. La propia actora, con fecha 23 de junio de 1992, es decir, con posterioridad a las modificaciones introducidas por el acuerdo preliminar del 16 de junio de 1992, consideró que aún era exigible la apertura de dicha carta o de un documento sustitutivo que garantizara adecuadamente el contrato, pues informó que estaba tratando de lograr un instrumento legal "equivalente" a una carta de crédito (ver considerando 11 de la presente). La creencia en esta gestión pudo haber sido el motivo por el cual, tres días después (el 26 de junio de 1992), el BANADE autorizó el segundo tramo de avales sin que la actora contara con aquel instrumento, pues, como se ha dicho en el primer párrafo de este considerando, era una condición indispensable que las partes habían previsto para poder disponer de dicho tramo de avales.

En este sentido, los funcionarios del BANADE que desde el punto de vista técnico y contable evaluaron las modificaciones que se introdujeron mediante aquel acuerdo preliminar, expresaron sobre este punto, en un informe emitido el 18 de agosto de 1992, que la actora estaba "...realizando gestiones con el N.M.B. Bank de Holanda..." con el objeto de obtener una instrucción irrevocable de pago que pudiera sustituir adecuadamente la carta de crédito que –según el astillero– tenía un alto costo financiero (ver informe de veeduría a fs. 959 bis a 961, del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados). Es importante destacar que en este informe no sólo se tuvieron en cuenta las modificaciones señaladas sino nuevas negociaciones que seguían teniendo lugar entre el armador y el astillero en virtud de las cuales, básicamente, aquél asumiría a su cargo la totalidad del valor de los equipos (u$s 4.580.000) mediante su provisión durante la construcción de los buques, y por lo tanto pagaría a la entrega del buque un importe menor (u$s 4.000.000) como saldo del precio de compra (ver lo expresado a fs. 960 y la nota de fs. 975/976, del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados). Pese a las anunciadas gestiones con el N.M.B. Bank de Holanda, no hay ninguna constancia en la causa acerca de su contenido, ni la actora explicó las razones por las cuales no obtuvo aquella instrucción irrevocable de pago.

Más aún, durante los días 13 a 18 de agosto de 1992, se intercambiaban entre el astillero, el armador y el proveedor de los equipos

propuestas relativas a las garantías a otorgar, tanto respecto del precio de compra, como en relación a dichos equipos, sin saber todavía el nombre del banco que emitiría la garantía (fs. 970/971 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados). Posteriormente, el 25 de agosto de 1992, uno de los armadores envió al BANADE un fax en el que le solicitó la aceptación de una garantía (aparentemente sería una "carta de garantía", ver fs. 1425 vta. del expediente principal) que ofrecería otro banco internacional, esta vez, el American Express Bank Ltd., New Delhi, por un importe de u$s 10.000.000. El BANADE, al día siguiente, contestó dicho fax dirigiéndose –según le fue solicitado por el armador– a aquel banco y, al así hacerlo, requirió la remisión de un texto de la garantía ofrecida, recaudo que resultaba ineludible para evaluar de qué clase de garantía se trataba y si ésta respaldaba adecuadamente la financiación del precio de compra que los armadores pagarían al astillero. En efecto, el mismo día (26 de agosto de 1992) los veedores de la demandada, tras mantener una reunión con los directivos del astillero para determinar el alcance de la cobertura bancaria, manifestaron que darían su opinión en relación a la garantía ofrecida una vez cumplida dicha remisión (fs. 963, 965, 967 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados) y, en un informe de los mismos funcionarios de fecha 17 de septiembre de 1992 (en el que expresamente se expidieron sobre el "Estado de trámite de las Cartas de Crédito"), se expresó que la demandada continuaba aún esperando la contestación del American Express Bank (ver fs. 997/999 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados).

Después de una comunicación que habría existido el 3 de septiembre entre el armador y el BANADE (que se menciona a fs. 1015/1016 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados pero no fue agregada a la causa), sólo el 2 de octubre de 1992 fue enviado al BANADE un fax por parte de quienes se presentaron "...como el contacto entre el American Express Bank y Euroscan Shipping". En dicho fax se adujo un supuesto error en el envío de la contestación que el BANADE había dirigido al American Express Bank el 26 de agosto de 1992, y –para evitar "malos entendidos"– se propuso un texto que debía ser enviado al American Express Bank por el cual el BANADE lisa y llanamente aceptaba acordar una "Carta de Crédito Stand-by por un valor de u$s 10 millones, Formato 3039, por un período de 3 años", de cuyo contenido concreto no se dio referencia alguna (fs. 1021 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados). Es este último fax el que, cuatro días después, esto es, el 6 de octubre de 1992, el BANADE decidió que no debía ser contestado (fs. 1025, ídem cit. anterior).

Este relato, que responde a las actuaciones contenidas en el cuerpo N° 14 de los expedientes agregados que se tienen a la vista, difiere absolutamente del efectuado en la sentencia, pues en ésta sobre la base de afirmar que el BANADE "...se tomó un mes y medio..." para decidir finalmente no contestar la propuesta del American Express Bank, calificó a la conducta del BANADE como un "palmario abuso del derecho" por parte de la demandada (fs. 1026 vta., 1027 y 1029 del expediente principal).

Sin embargo, de la secuencia antes descripta –aun con las deficiencias que exhiben las actuaciones, esto es, foliaturas enmendadas, faltante de piezas, falta de orden cronológico, etc. (ver informe pericial contable a fs. 848/849 expte. principal)– resulta acreditado algo muy distinto: a) que el único ofrecimiento de garantía que fue hecho por el armador fue contestado por el BANADE al **día siguiente de su recepción** (26 de agosto de 1992); b) que en dicha oportunidad los veedores manifestaron mediante un informe que era indispensable contar con un texto de la garantía ofrecida antes de expedirse al respecto; c) que de la compulsa de las actuaciones resulta que dicho texto –si fue enviado– no se agregó a la causa; d) que la presentación de un intermediario entre el American Express Bank y el armador sólo se produjo el 2 de octubre de 1992, pero no para hacer llegar el texto de la garantía que ofrecería el American Express Bank, sino con el objeto de que el BANADE otorgara su aceptación a una carta de crédito "stand-by" cuyo contenido concreto ni siquiera se detalló. Es importante retener esta fecha, pues la actora sostuvo que el BANADE había incumplido sus obligaciones en el mes de agosto de 1992 y por ello lo constituyó en mora el 15 de septiembre de 1992; sin embargo –según se relató– con posterioridad a aquella fecha, es decir, el 2 de octubre del mismo año, se presentó el intermediario al que se hizo referencia, lo cual revela que el cumplimiento de la obligación que le incumbía a la actora –acompañar la carta de crédito– seguía en estado embrionario; e) puesto que la actora admitió la necesidad de contar con un instrumento legal, al menos, equivalente a una carta de crédito irrevocable; que esta última resultaba exigible según el compromiso de asistencia asumido con el BANADE y que en otras presentaciones adujo que hubo una "inmovilidad" del BANADE que le impidió al astillero cumplir con la emisión de las garantías del contrato (ver. fs. 1047/1054, del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados), debió señalar qué gestiones hizo –u ofreció hacer– para obtener algo tan simple, pero vital, como lo era el texto de la garantía que el BANADE había requerido al American Express Bank, o bien debió acreditar concretamente que

las condiciones ofrecidas por este banco con relación a la operación de autos eran equivalentes a una carta de crédito irrevocable, que se aseguraba adecuadamente el contrato y que, pese a ello, fueron ignoradas o rechazadas, arbitrariamente, por el BANADE.

En consecuencia, quedó incumplido un recaudo que era condición necesaria para la entrada en vigencia del contrato de construcción y para el otorgamiento del segundo tramo de avales por parte del BANADE, sin que se haya demostrado debidamente que dicho incumplimiento obedeciese a la exclusiva conducta de la demandada (resolución 2147, punto 3.2.a, del 6 de junio de 1991).

14) Que, como se expresó, el BANADE comprometió su asistencia para "...la construcción de 10 (diez) buques portacontenedores de 5.300 T.P.B., a exportar por armadores escandinavos, según contrato de compraventa suscripto el 9.11. 90 con LIAS HOLDING INC., Panamá, por un precio total de u$s 84.000.000 (punto 2.2. de la resolución N° 2147), y fijó como condición –entre otras– para ambos tramos de dicha asistencia", que debía presentarse el contrato de construcción de buques "...debidamente firmado con el comprador y habilitado..." (punto 3.1. de la resolución 2147). Dicho contrato originario, firmado en la ciudad de Oslo, Noruega, el 9 de noviembre de 1990, fue objeto de una primera modificación al suscribirse un nuevo contrato en aquella ciudad el 12 de septiembre de 1991 y mediante dos "acuerdos preliminares", uno suscripto el 16 de junio de 1992 en la Argentina, y otro, celebrado el 2 de abril de 1993 en Noruega, en la ciudad de Bergen, se introdujeron modificaciones a dicho contrato originario –ver considerando 10 de la presente–.

Seguidamente se examinará si, como lo sostiene el BANADE, la actora no cumplió con la presentación de un contrato por diez buques en firme, puesto que las aludidas modificaciones cambiaron el contrato en ese aspecto, o si, como lo sostuvo el *a quo*, si bien los textos de los contratos son claros en cuanto a la variación del número de buques, correspondía dar por cumplido este requisito contractual a partir de la presentación de un fax que el armador remitió a la actora mediante el cual, en el juicio de la cámara, se ejercía la opción para la construcción de 10 buques (ver fs. 1142 del cuerpo N° 15 de los expedientes administrativos y fs. 1023/1023 vta. del expediente principal).

15) Que las cláusulas de los acuerdos firmados el 12 de septiembre de 1991 y el 16 de junio de 1992 son más que elocuentes y basta con

atender a su literalidad para concluir que –a diferencia del contrato originario– no se estipuló la construcción de 10 buques, sino de una cantidad menor que podía alcanzar aquella cifra si era ejercitada la totalidad de las opciones que se previeron al respecto. En efecto, de acuerdo con la cláusula 1 del contrato del 12 de septiembre de 1991, se pactó la construcción de tres buques "...con opción de uno (1) más uno (1) más hasta cinco (5) buques más (total 10 buques). Las primeras dos opciones deberán ser declaradas por el comprador por escrito antes del 10 de diciembre de 1991. Las siguientes cinco (5) opciones deberán ser declaradas por el Comprador por escrito antes del 30 de junio 1992". A su vez, en el acuerdo preliminar del 16 de junio de 1992 –**A) Párrafo N.1. El buque**– se previó la construcción de un buque "...con opción de [cuatro buques] más la opción de cinco buques más (total, 10 buques)". Las primeras cuatro opciones "deberán ser declaradas por escrito por el comprador el 31 de agosto de 1992 o con anterioridad a dicha fecha. Las siguientes cinco (5) opciones deberán ser declaradas por escrito por el comprador el 30 de noviembre de 1992, o con anterioridad a dicha fecha (ver documentación obrante en un sobre que acompaña a los cuerpos Nros. 5 y 6 de los expedientes agregados, bajo el rótulo VI.4).

Frente a la contundencia de los textos, la opinión del informe pericial producido en la causa nada clarifica, puesto que el perito se ha limitado a sostener que el contrato que se le entregó y verificó se refiere a la construcción de 10 buques (fs. 709 y 805 vta. del expediente principal); tampoco esclarecen el punto los testimonios de los funcionarios del BANADE, que al ser preguntados por cuántos buques comprendía el contrato de construcción respondieron "10 buques", pero, al ser repreguntados acerca de si en este aspecto el contrato sufrió modificaciones, respondieron de manera imprecisa o dubitativa (ver fs. 505, contestación a la primera repregunta; fs. 511, contestación a la primera repregunta; fs. 517, contestación a la pregunta novena). Sí es cierto que la contadora Mónica Rímoli, veedora de la demandada, respondió a fs. 513 con certeza que el contrato comprendía 10 buques y que no fue modificado con relación a la cantidad de buques sino a un nuevo cronograma financiero, pues tuvo oportunidad de examinar las modificaciones que se sometieron a su consideración. Sin embargo, no puede perderse de vista que en el primero de los informes que produjo aquella funcionaria en relación a las modificaciones contractuales del 12 de septiembre de 1991 –informes que eran suscriptos en forma conjunta con el ingeniero Raúl Bernasconi, también veedor del BANADE–, se expresó una opinión favorable a los cambios propues-

tos “desde el punto de vista técnico financiero...”, pero expresamente ambos funcionarios aclararon que no habían sido “...contemplados los aspectos legales del contrato por exceder las facultades profesionales de los veedores” (ver fs. 899/900, del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados; ver también fs. 959 bis/961 del mismo cuerpo).

Para la actora, de todos modos, siempre existió un contrato por 10 buques y lo explicó así: con respecto a la primera modificación del contrato dijo que mientras “originalmente se ponía en vigencia el contrato para los 10 buques al mismo tiempo, el nuevo contrato se pone en vigencia con 3 buques y los 7 restantes son opciones con incrementos de precio según la fecha en que se pongan en vigencia...” (fs. 169 del expediente principal); al presentar la segunda modificación que alude a la construcción de un buque y las sucesivas opciones, sólo adujo que “...se realizaron algunos cambios en la instrumentación del contrato original con el objeto de disminuir costos de las garantías bancarias que debían intercambiarse entre el comprador, proveedor y astillero” (fs. 180 del expediente principal); y, por último, en una presentación posterior dijo que “...las modificaciones del contrato en las que se consignaron cantidades de buques diferentes al número original de diez, no fueron otra cosa que una parcialización originada en las realidades y necesidades financieras de los diferentes pooles de armadores noruegos que de manera alguna modificaron el número de buques...” (fs. 1457 del cuerpo N° 16 de los expedientes agregados).

Lo primero que debe destacarse es que el hecho de no objetar la modalidad elegida por la actora o ser condescendiente con ella, no inhibe a la demandada para hacerlo con posterioridad, pues –en el caso– se trata de ejercer un derecho que deriva de lo pactado entre las partes. Más precisamente se ha dicho que la tolerancia administrativa o la falta de objeción expresa frente al incumplimiento del particular no importa conformidad ni impide –en tanto aquellas conductas no son *factum proprium*– la eventual objeción posterior. A lo que cabe añadir que, salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo (ver Luis Diez-Picazo Ponce de León, La doctrina de los propios actos, Barcelona, Ed. Bosch, 1963, en especial págs. 200 y 201, en conformidad con la doctrina que surge de Fallos: 310:282; 308:618, considerando 8°, y 308:2411, considerando 6°).

Si se aceptara la tesis de la actora en el sentido de que la metodología de utilizar opciones obedeció solamente a la necesidad de abara-

tar costos o, como lo expresó el perito contable, a las "ingenierías financieras" que idearon las partes del contrato de construcción (ver fs. 805 vta. del expediente principal), dicha metodología no implicaría por sí sola un incumplimiento de las condiciones contractuales pactadas con el BANADE, en tanto la totalidad de las opciones sean ejercidas y se garantice su efectivización. En consecuencia, podría pensarse que el hecho de que la demandada avalara las operaciones del primer tramo –para la puesta en marcha del astillero y el pago de la antigua deuda que la actora mantenía impaga con el BANADE– y parcialmente las del segundo tramo con sustento en las opiniones técnicas de los veedores (fs. 899/900; 959 bis/961 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados), sin objetar las modificaciones del contrato, obedeció a la razonable expectativa de que la actora respetaría lo pactado con el armador, ejercería las opciones por el total de 10 buques en las fechas contractualmente señaladas y cumpliría las restantes condiciones para la entrada en vigencia del contrato. Sin embargo, nada de esto ocurrió: no se ejerció ninguna de las opciones, cuyas fechas últimas fijadas por las partes eran el 31 de agosto de 1992 y el 30 de noviembre del mismo año.

De todos modos, la voluntad de la demandada puede verse con claridad al suscribir con la actora una declaración de intención y de crédito, el 13 de julio de 1992, es decir, después de las dos modificaciones mencionadas, oportunidad en la que expresó: "Se deja expresamente aclarado, que el [BANADE]...solamente avalará operaciones de crédito destinadas a la construcción de 10 buques portacontenedores, de acuerdo a lo oportunamente establecido en su resolución del 06.06.91" (fs. 942/943 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados).

16) Que mediante la tercera modificación contractual, que consistió en un nuevo "acuerdo preliminar" suscripto en Bergen el 2 de abril de 1993 entre el astillero y el armador, se expresó que "el armador ejerce la opción para la construcción de los primeros tres buques" (ver documentación identificada bajo el rótulo VI.4, en uno de los sobres que acompaña a los cuerpos Nros. 5 y 6 de los expedientes agregados) razón por la cual, más allá de lo que se dirá a continuación en relación al carácter de este acuerdo preliminar, el contenido de dicha opción confirma que la opción por los diez buques no fue ejercida al tiempo en que, según la actora, el BANADE se hallaría en mora; tampoco durante la vigencia de los dos acuerdos anteriores ni al suscribirse este acuerdo en Bergen. Pero algo más debe ser dicho del "acuerdo preliminar" puesto que a éste se refiere el fax de fecha 25 de junio de 1993

(fs. 1142 del cuerpo N° 15 de los expedientes agregados), mediante el cual, según el *a quo*, se ejerció la opción por los diez buques, situación que purgaría el incumplimiento anterior de la actora.

Las tratativas entre el astillero y el armador se produjeron en Bergen a raíz del viaje que emprendió la actora a Noruega con el fin de "lograr de los armadores noruegos el tiempo necesario para recomponer el esquema financiero local" (fs. 1088 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados) pues se daba la siguiente situación: a) los veedores de la demandada habían producido distintos informes durante el mes de septiembre de 1992, que daban cuenta del endeudamiento del astillero, de que los fondos habían sido utilizados para rehabilitar la planta industrial, para atender parcialmente los gastos originados en las operaciones con títulos públicos, sanear pasivos con otros acreedores concursales y deudas impositivas; con destino a un "blanqueo laboral"; para afrontar "...gastos de remodelación y mantenimiento de las oficinas administrativas de la calle Uruguay..."; y de que la construcción de los buques aún no se había iniciado (ver fs. 988/990; 997/999; 1001/1003; 1014 y 1031 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados); b) el astillero, mediante una nota que dirigió al Banco de la Nación Argentina (el 15 de diciembre de 1992), había solicitado avales adicionales por valor de u$s 17.100.000; la reconversión a largo plazo del pasivo a corto plazo y la extensión de los avales correspondientes al segundo tramo aún no concedidos (u$s 6.500.000) mediante una entrega de fondos o "fondeo a largo plazo" (fs. 1048 del mismo cuerpo); c) el 25 de febrero de 1993 el BANADE no había accedido a la concesión de nuevos avales ni a los pendientes de concesión, con sustento en que la actora se hallaba en mora en el pago de vencimientos de préstamos y avales oportunamente otorgados –cuyo pago se intimaba bajo apercibimiento de caducidad de la asistencia– y no había "...siquiera iniciado la construcción de un buque" (fs. 1067 del mismo cuerpo).

El resultado de aquel viaje fue la firma del "acuerdo preliminar" del 2 de abril de 1993, que contiene nuevas modificaciones a los acuerdos anteriores –en especial en cuanto al modo de pago y a las garantías a otorgar– e incluso un nuevo "cash flow" que se habría hecho llegar a los veedores de la demandada (fs. 1120/1121 y 1125/1126 del cuerpo N° 15 de los expedientes agregados). Dicho acuerdo no fue objeto de tratamiento por parte de ninguno de los cuerpos técnicos y legales de la demandada, puesto que a la fecha de su presentación (15 de abril de 1993), la actora ya había sido intimada por su mora, y tras

un examen de la situación, al mes siguiente (18 de mayo de 1993) se le reiteró la anterior intimación y se le notificó que no se concederían nuevos avales pues además de la mora antedicha, no había abierto la carta de crédito por el precio de los buques, no contaba con un encargo en firme por los 10 buques, no había iniciado la construcción de ningún buque pese al tiempo transcurrido, no tenía posibilidad de cumplir sus obligaciones, ni el BANADE se encontraba suficientemente garantizado por los desembolsos realizados (fs. 1128/1134 del cuerpo N° 15 de los exptes. agreg.), disponiéndose el 21 de junio de 1993 la caducidad de la operación celebrada con el BANADE el 6 de junio de 1991, acto que fue notificado a la actora el 20 de julio de 1993 (fs. 1140 y 1146 del cuerpo N° 15, de los expedientes agregados).

Además de que ningún cuerpo técnico ni legal se había expedido en relación a este acuerdo, el propio texto de las comunicaciones intercambiadas entre el astillero y el armador **después de producida la caducidad de la resolución de asistencia financiera**, negaría su carácter de compromiso definitivamente cerrado. En efecto, mediante un fax del 8 de septiembre de 1993 dirigido por el armador al astillero en relación al "acuerdo preliminar" de Bergen, se le hizo saber al astillero, con respecto a un tema que tantas idas y vueltas produjo como lo fue el de las garantías, que: "**Hemos analizado el tema con los proveedores... y hemos modificado... las condiciones con todos ellos**", y se le señaló al astillero, en relación al aval que éste debía ofrecer, que era imperioso contar con esa garantía puesto que era el único elemento activador "**para poner en marcha nuestro proyecto**". A los pocos días, mediante un nuevo fax del 23 de septiembre de 1993, el armador le comunicó al astillero que "**...contamos con algo importante que perfecciona el Acuerdo Bergen y que nos libera de toda duda con respecto a la cuestión de la provisión de equipos**", y dio cuenta de condiciones de pago que diferían de las fijadas en el acuerdo suscripto en Bergen el 2 de abril de 1993 (ver documentación que bajo el rótulo VI.4. obra en el sobre que corre con los cuerpos Nros. 5 y 6 de los agregados). Como simple elemento de juicio coadyuvante, cabe señalar que la actora, en el año 1996, solicitó al Banco de la Nación Argentina una nueva asistencia financiera para emprender otro contrato por 10 buques portacontenedores que serían exportados a Noruega, Oslo, y un contrato que se suscribiría con Cuba, y, al así hacerlo, propuso que la deuda referente a esta causa formara parte de una compensación ante un supuesto crédito que tendría contra el ex Fondo Nacional de la Marina Mercante. Al aclarar qué contratos fueron los firmados en la cau-

sa en examen, en dos presentaciones sucesivas relató que dichos contratos eran los suscriptos el 9 de noviembre de 1990, el 12 de septiembre de 1991 y el 17 (debió decir 16) de junio de 1992, sin hacer mención alguna del de fecha 2 de abril de 1993 firmado en Bergen (ver fs. 1408; 1448 y 1458/1459 del cuerpo N° 16 de los expedientes agregados).

17) Que el 21 de junio de 1993 la demandada, tras señalar que la actora no había cumplido con las dos intimaciones referidas en el considerando anterior de la presente, y ante la persistencia de la mora, declaró caduca la resolución 2147 del 6 de junio de 1991 mediante el acto que fue agregado a la causa a fs. 1140 del cuerpo N° 15 de los agregados. Cuatro días después de dictado este acto, pero antes de ser enviada y recibida la carta documento que notificaba al astillero dicha caducidad, lo que ocurrió el 20 de julio de 1993 (ver fs. 1140 y 1146), la actora agregó a la causa un fax que el armador envió al astillero (de fecha 25 de junio de 1993) mediante el cual por primera vez se ejercía la opción por diez buques (fs. 1142; ver explicación dada por la actora para la agregación de ese fax a fs. 1143/1145) y que, según el *a quo*, demostraba que la actora había cumplido con la obligación a su cargo. Varias cosas deben ser señaladas al respecto: 1°) Puesto que no han sido mantenidas en esta instancia las impugnaciones rechazadas por el *a quo* relativas a las diferencias entre el texto del fax agregado a las actuaciones administrativas que no contiene el sello de certificación de la embajada argentina en Noruega y el que agregó el perito como "anexo 2.c" de su informe, que sí lo contiene (ver fs. 789 del expte. principal), no corresponde su tratamiento; de todos modos cabe destacar que contrariamente a muchos otros remitidos por el armador, el del 25 de junio fue agregado a la causa sin su traducción. 2°) En dicho fax el armador se refiere únicamente a condiciones fijadas en el acuerdo de Bergen; más concretamente, a una cláusula de ese acuerdo de Bergen que había fijado la posibilidad de ejercer la opción para construir el cuarto y el quinto buque y los cinco restantes. 3°) Es en relación a esa cláusula que los armadores expresaron que ejercitaban la opción y confirmaron que el contrato era entonces por el total de 10 buques ("...the contract now is for total 10 ships"). 4°) Acto seguido, en el párrafo siguiente de ese fax, los armadores manifestaron "entender" que las fechas de entrega de los buques –también fijadas en una cláusula del acuerdo de Bergen (cláusula d)– deberían ser pospuestas y que estarían de acuerdo en establecer nuevas fechas cuando la cuestión de las garantías del 30% que el astillero debía ofrecer en favor de los proveedores –cuestión a la que se refiere la cláusula c del acuerdo

de Bergen– estuviese finalmente arreglada. En consecuencia, es incorrecto extraer del texto de ese fax la conclusión de que la actora cumplió con su obligación de presentar un contrato en firme para la construcción de 10 buques, lo cual purgaría el hecho de que no lo hubiera hecho al tiempo en que constituyó en mora al BANADE (15 de septiembre de 1992) ni en el transcurso de dos años, puesto que, según resulta de lo dicho precedentemente en relación al acuerdo firmado en Bergen, a cuyo contenido remite el fax –y del propio texto de éste– se trató de un "acuerdo preliminar" que fijó condiciones que estaban sujetas a tratativas de las partes (a punto tal que fueron nuevamente cambiadas después de que el BANADE decretó y comunicó la caducidad de la operación de asistencia) y que modificó aspectos importantes de los anteriores acuerdos suscriptos el 12 de septiembre de 1991 y el 16 de junio de 1992, sin que la demandada llegara a emitir opinión técnica o legal respecto del mencionado acuerdo.

18) Que, con independencia de los incumplimientos anteriores –o del juicio que a su respecto se tenga–, asiste razón a la demandada cuando atribuye al *a quo* haber cometido errores en el enfoque de la operación concertada mediante la resolución 2147 del 6 de junio de 1991. En efecto, el razonamiento del *a quo* tendiente a demostrar que la demandada indebidamente suspendió el otorgamiento de avales a partir del 26 de junio de 1992 –pues su obligación era mantener la asistencia comprometida por el lapso de 60 meses– partió de una serie de premisas que no se compatibilizan con las constancias de la causa, a saber: a) las operaciones de préstamo de títulos públicos concertadas y las de avales de éstas no tenían plazo cierto y de no haber sido intimada la actora no habría habido estado de mora a su respecto; b) dos informes producidos por la demandada avalaban que toda deuda o gasto fuese debitado en la cuenta corriente de la actora pero se cobrara al finalizar la construcción de los buques, y que los contratos de préstamo de títulos estuvieran sujetos a sucesivas renovaciones sin que se pudiera exigir ningún concepto en relación a éstos hasta la finalización de las obras (fs. 1012 del expediente principal); y c) puesto que para llevar adelante el proyecto de construcción de los 10 buques se necesitaban aproximadamente u$s 25.000.000, "...el capital a obtener" del BANADE era muy importante y, por ende, no podía sufrir ninguna mengua o retención aunque existieran cláusulas contractuales que así lo permitiesen porque, cuanto menos, se habría tratado de una conducta antifuncional que no habría respetado el espíritu del contrato (fs. 1008/1008 vta; 1011 vta. y 1038 del expediente principal).

19) Que, en relación a lo afirmado por la sentencia en los puntos a y b del considerando anterior, debe recordarse que la actora y la demandada acordaron respecto del primer tramo de avales (u$s 5.700.000, importe que temporariamente fue elevado a u$s 7.300.000), la posibilidad de obtener avales en relación a préstamos de títulos valores públicos nacionales (bonos externos) y préstamos de esa clase de títulos valores (comunicación "A" 990 del Banco Central de la República Argentina), que fueron liquidados en operaciones de compraventa realizadas con la intermediación financiera del BANADE, lo cual permitió al astillero obtener dólares en efectivo, frente a la admitida dificultad de hallar préstamos de fondos a largo plazo en el mercado local (fs. 1458 del cuerpo N° 16 de los expedientes agregados). Esta operatoria se convino a solicitud de la actora y, entre otras características, se previó que el plazo mínimo de dichos préstamos –que debían ser gestionados por la actora– fuese de 370 días (ver resolución 2168, punto 1.3, del 20 de junio de 1991). Con esta modalidad el BANADE otorgó cuatro préstamos en bonos externos con diferentes plazos ciertos de vencimiento, que fueron liquidados y convertidos a dólares de la siguiente manera: 1°) los dos primeros fueron otorgados y liquidados el 4 de julio de 1991 y vencían en el breve plazo de 90 días. Estos títulos respondían a un plazo fijo en Bonex, series 1982 y 1989 que su titular (Petroquímica Bahía Blanca SAIC) había constituido en el BANADE y, al así hacerlo, había autorizado su renovación sucesiva hasta totalizar un año, en tanto las condiciones económicas del país y de su empresa se lo permitieran (ver fs. 17/18, 21, 48/49 y 181/184 de la carpeta 1 de numeración separada); 2°) otro préstamo de Bonex serie 1989 fue otorgado y liquidado el 30 de diciembre de 1991 y su vencimiento se pactó a los 371 días (fs. 57 y 58 de la misma carpeta); y 3°) un cuarto préstamo de Bonex 1989 fue convenido y liquidado el 26 de junio de 1992 y vencía a los 371 días (fs. 105/106 de la misma carpeta). A su vez, se otorgaron y liquidaron tres préstamos de títulos públicos en operaciones en que el BANADE era avalista de dichos préstamos suscriptos entre la actora y la Caja de Seguridad Social para los Profesionales en Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires, en las fechas siguientes: 1°) el 1° de agosto de 1991, cuyo vencimiento operaba el 1° de febrero de 1993; 2°) el 17 de febrero de 1992, cuyo vencimiento operaba el 17 de febrero de 1994; y 3°) el 19 de febrero de 1992, con vencimiento el 19 de febrero de 1994 (fs. 44/47, 72/76 y 81/86 de la misma carpeta). Esta clase de contratación –obtención de préstamos de títulos valores y su posterior conversión en dólares billete– revela claramente, por una parte, el extremo riesgo que tomó desde el comienzo la actora –recuérdese que

esta modalidad fue solicitada por dicha parte y concedida el 20 de junio de 1991, es decir, a los pocos días de haberse firmado la resolución 2147 del 6 de junio de 1991, que le otorgó la asistencia del BANADE– y la impropiedad de la modalidad elegida pues, además de tratarse de plazos reducidos en relación al financiamiento que requería la obra a encarar, suponía depender de variables tan incontrolables como las diferencias en la cotización de la divisa o la fluctuación del valor de mercado de los títulos y el cumplimiento de obligaciones que se generarían con la propia compraventa del título –entre otras, el pago del impuesto a la transferencia de títulos valores–, que necesariamente, como se verá, repercutirían en la conveniencia de la operación. Pero, por otra parte, la contratación de préstamos de títulos valores –sean préstamos directos del BANADE o en los que éste actuaba como avalista– implicaba que, con independencia de la fecha en que vencía el contrato en el que se instrumentaba el préstamo y de su posibilidad de renovación o no, durante el curso del contrato se adicionarían, en las fechas estipuladas, los intereses compensatorios por el préstamo del título –si se pactaba expresamente su cobro durante el contrato– y vencerían también en las fechas fijadas, cupones de renta o amortización del capital –en la medida en que el título hubiera sido entregado con dichos cupones–, conceptos respecto de los cuales la demandada entendió que el astillero estaba en mora a partir de no revertirse, desde el 10 de agosto de 1992, el saldo negativo de su cuenta corriente. La cancelación de dichos intereses y cupones –a diferencia de lo sostenido por el *a quo*– era inmediatamente exigible a la actora, según resulta con toda claridad de los contratos de mutuo que fueron acompañados a la causa. Así, con relación a los préstamos directos de títulos valores firmados por la actora y el BANADE, se agregó a la causa únicamente el que se habría suscripto el 26 de junio de 1992, con vencimiento el 1° de julio de 1993, según resulta de fs. 105/106 de la carpeta 1 de numeración separada (ver la copia del contrato que lleva la firma de ambas partes y en el reverso un número de registro ante el BANADE, texto que aparentemente reemplazaría al de fs. 101/104, y cuya autenticidad no ha sido cuestionada). En él se estableció que si la actora no restituía en tiempo y forma los cupones correspondientes a amortizaciones o rentas que vencieran durante la vigencia del contrato, o los títulos objeto del préstamo, se facultaba al BANADE a comprarlos por su cuenta y orden, a debitarlos de su cuenta corriente, y la prestataria se obligaba expresamente "... a cubrir el saldo deudor de la cuenta corriente el mismo día en que se produzca" (cláusulas cuarta y segunda). Asimismo, se previó que "...sus obligaciones caerán en mora por incumplimiento de cualquiera de las condi-

ciones establecidas... en el presente contrato, quedando a partir de ese momento constituida en mora de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno, dándose también de pleno derecho por decaídos todos los plazos y resultando exigible la totalidad de la obligación" (cláusula sexta). Por su parte, en los contratos suscriptos entre la actora y la Caja de Seguridad Social para Profesionales en Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires, en los que el BANADE actuó en calidad de avalista con carácter de principal pagador y con expresa renuncia al beneficio de excusión, se previó lo siguiente: En el firmado el 1° de agosto de 1991, con vencimiento el 1° de febrero de 1993, se estableció que la tomadora del préstamo se obligaba a restituir a la mutuante en la fecha estipulada para el vencimiento, el título y los cupones de renta o amortización que vencieran durante el curso del contrato; asimismo se previó el pago de un interés compensatorio del préstamo del título, que debía ser efectuado desde la fecha de suscripción del contrato hasta el momento de restitución de los bonos, en forma semestral vencida (cláusulas segunda y tercera); y, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato, se previó que se produciría de pleno derecho la caducidad de los plazos y las cosas y/o cantidades debidas serían inmediatamente exigibles, quedando "LA MUTUARIA" constituida en mora de pleno derecho sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna (cláusula cuarta) –fs. 44/47 de la carpeta 1 de numeración separada de los agregados–. Asimismo, en el contrato firmado el 17 de febrero de 1992, que vencía el 17 de febrero de 1994, y en el suscripto el 19 de febrero de 1992 con vencimiento el 19 de febrero de 1994, se estableció la obligación de restituir al BANADE los cupones de amortización o de renta que vencieran en el curso del contrato en las fechas estipuladas para su vencimiento, y el pago de un interés compensatorio por el préstamo del título, que se pagaría por semestres a partir de una fecha cierta que se consigna (ver puntos segundo, tercero y cuarto de ambos contratos, que se encuentran agregados a fs. 72/76 y 81/86 de la carpeta 1 de numeración separada de los expedientes agregados).

De lo hasta aquí reseñado surge que incumplimientos como la falta de pago de los cupones o de los intereses durante el curso del contrato en las fechas estipuladas –incumplimientos por los cuales la actora fue intimada el 25 de febrero de 1993– provocarían la inmediata mora del astillero sin necesidad de interpelación alguna, pues habían sido fijados plazos ciertos, de manera tal que la mora se producía en forma inmediata, sea con sustento en lo expresamente consignado

en alguna de las cláusulas transcriptas, o bien por así disponerlo el art. 509 del Código Civil. Es incorrecto sostener –como lo hizo el *a quo*– que el hecho de que se debitaran en la cuenta corriente del astillero importes por aquellos conceptos no significaba que podían ser inmediatamente exigidos por el BANADE sino que su cancelación sólo podría ser intimada una vez finalizada la obra de construcción. La consecuencia de tal aseveración sería por lo demás objetable, al menos, respecto de aquellas operaciones en las que se acreditó en la causa que los títulos valores no eran de propiedad del BANADE (por ej., la totalidad de los títulos avalados), pues si el astillero incumplía su obligación de cancelar los intereses por el préstamo en el plazo pactado o los cupones de renta y amortización del título vencidos durante el curso del contrato se constituía automáticamente en mora, y aquellos conceptos podían ser exigidos por el titular al BANADE en su calidad de avalista, configurándose la sinrazón de que el BANADE debiera afrontar con fondos propios estas deudas sin posibilidad de recupero hasta que finalizara la construcción de los buques, cuando desde el principio se acudió a la modalidad de avalar operaciones porque el BANADE carecía de fondos propios para el otorgamiento de una línea de crédito (ver lo expresado por la actora a fs. 374/374 vta. del escrito de demanda; ver también fs. 741 y cuarto párrafo de fs. 805 del principal; fs. 162/163 de la carpeta 1 de numeración separada de los expedientes agregados, de la cual resulta que el BANADE, finalmente, no sólo debió afrontar las deudas del astillero por estos conceptos sino también cancelar los contratos avalados una vez que éstos vencieron). En consonancia con lo expuesto, debe señalarse que el concepto por el cual la demandada consideró a la actora en mora en el cumplimiento de sus obligaciones a partir del 10 de agosto de 1992 fue precisamente un vencimiento de "...intereses semestrales del aval en Bonos serie 1984 –Valor Nominal = 1.571.500–, [débito] a partir del cual en ningún momento se revirtió el saldo negativo en su cuenta corriente", esto es, se había producido el vencimiento semestral de intereses compensatorios por el préstamo del título a que se refiere la cláusula tercera del contrato antes citado, que fue suscripto el 1° de agosto de 1991 con vencimiento el 1° de febrero de 1993 y en el que el BANADE actuó como avalista, y de acuerdo con la cláusula cuarta del mismo contrato, al no ser pagado, se produciría la mora de pleno derecho sin necesidad de interpelación alguna (ver folio 0031099 del informe de la demandada acompañado en la carpeta 3 de numeración separada de los exptes. agreg., que no ha sido cuestionado por la actora, y lo expresado por el perito a fs. 746 del expediente principal). A partir de este débito del 10 de agosto de 1992, se registran en la cuenta corriente de

la actora –cuyos resúmenes fueron agregados a la causa y no fueron impugnados por ésta– sucesivos débitos que responden –todos ellos– a vencimientos que se produjeron en un plazo cierto tales como: las comisiones semestrales del BANADE; los vencimientos de intereses y cupones en operaciones avaladas por el BANADE e, incluso, la única cancelación que se registra respecto de un préstamo de títulos es la cancelación del contrato avalado por el BANADE a que se hizo referencia en último término (esto es, el firmado el 1° de agosto de 1991 con vencimiento el 1° de febrero de 1993, que, según se vio, contempló la mora de pleno derecho sin necesidad de interpelación alguna también para el supuesto de que el título no fuera devuelto a su vencimiento). Todos estos débitos integraron el importe del saldo deudor al 23 de febrero de 1993 (u$s 1.467.567,37) cuyo pago fue intimado por el BANADE, el 25 de febrero de 1993, bajo apercibimiento de considerar resuelta la asistencia comprometida y caducar los plazos pactados (ver, en especial, en los resúmenes de cuenta, los folios 0170996; 0542003; 0542009 y el siguiente folio sin número de la carpeta 3 de numeración separada de los agregados, lo cual se ve corroborado a fs. 983, 1037, 1041, 1055, 1089 del cuerpo N° 14 de los agregados; ver también fs. 1067 de dicho cuerpo). En consecuencia, contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, el contrato de mutuo relativo a operaciones de préstamos de títulos públicos que se agregó a la causa y los contratos en los que el BANADE actuó como avalista, previeron claramente y en forma expresa, además de plazos ciertos de vencimiento del préstamo, plazos ciertos para la entrega de los cupones vencidos durante el curso del contrato o para pagar los intereses semestrales compensatorios del préstamo del título, de manera tal que en los respectivos vencimientos podían ser reclamados los importes adeudados sin necesidad de interpelación alguna. Asimismo, según resulta del resumen de la cuenta corriente de la actora, existen vencimientos de intereses, cupones y comisiones del BANADE respecto de operaciones de aval de títulos públicos, que se produjeron a partir del 10 de agosto de 1992, esto es, con anterioridad a la fecha (15 de septiembre de 1992) en que la actora constituyó en mora a la demandada (ver folio 0170996 de la carpeta 3 de numeración separada de los expedientes agregados).

Ninguna influencia ejerce sobre la conclusión precedente, el párrafo extraído del dictamen de la “Sub Comisión de Asuntos Legales del Banco de la Nación Argentina” de fecha 18 de mayo de 1993 y el de un informe interno de funcionarios del BANADE, transcriptos por la sentencia (fs. 1011 vta. y 1012 de la sentencia), a los que la cámara le ha dado “singular importancia” con el propósito de sostener que el

BANADE no podía reclamar ninguna acreencia al astillero antes de finalizada la construcción de los buques, puesto que no habría plazos ciertos ni estado de mora y se obraba "en el entendimiento de que [el astillero] debe devolver cuando cobre los buques". Sin embargo, dicho dictamen –que no hace más que recontar lo actuado por el BANADE y los incumplimientos de la actora detectados hasta entonces– sólo alude a una hipótesis –que además descarta–, lo que se revela con su simple lectura: "...Forte dice que primero hubo mora del BND, pero no explica en qué consistió. **Tratando de ponernos en su lugar, pensamos que pueda referirse**: O a que no le renovamos algún aval vencido o algunos préstamos de títulos (en el entendimiento de que recién debe devolver cuando cobre el precio de los buques); o bien a que no le damos los $ 6.500.000 en avales que faltan del crédito original. Ahora bien, lo primero no es posible porque no tenemos pedido alguno de renovación; y lo segundo es absurdo porque, según se indicará seguidamente, no corresponde que demos más. Además pide dinero y no avales...". A continuación, en el informe se detallan todos los incumplimientos de la actora; se aconseja rechazar definitivamente el otorgamiento de más ayuda financiera y dictar una comunicación posterior dando por rescindido el contrato con el astillero (el resaltado no pertenece al texto; ver en el dictamen de fs. 1129/1132, la fs. 1130 y sgte. del cuerpo N° 15 de los expedientes agregados). Por su parte, del informe interno de la demandada, la sentencia sólo transcribe la siguiente frase: "El Banco estaba comprometido a sucesivas renovaciones" de los préstamos de títulos públicos, sin advertir el valor relativo de este informe interno, pues en el párrafo anterior se afirmaba, con la misma generalidad, "Los plazos de cada operación (contratos de mutuos por los Bonex) oscilaban entre los 90 y los 180 días, aproximadamente, generando una tasa de interés que se debitaba en su cuenta corriente", afirmación que no se compadece con los plazos de la totalidad de los contratos de mutuo suscriptos (sólo dos fueron concertados en su origen a 90 días y los restantes lo fueron a 371 días, a 2 años o a 1 año y 6 meses) e induciría a pensar que, quizá, la "renovación sucesiva" a la que se alude –respecto de contratos de plazos breves– respondió a la necesidad de adecuarlos al plazo mínimo que para todas las operaciones exigía la resolución 2168 del 20 de junio de 1991, es decir, 370 días. Esto ocurrió con los dos contratos firmados en su origen a 90 días, en los que el titular de los bonos manifestó ante el BANADE su voluntad de "renovar [su plazo fijo en bonos] a su vencimiento por períodos sucesivos de 90 días hasta totalizar un año...", aunque sujetó tal posibilidad a que las condiciones económicas del país y de la empresa se lo permitieran (fs. 21, carpeta 1 de numera-

ción separada de los agregados y lo dicho en el comienzo de este considerando). Aun cuando no se coincida con lo expuesto, claramente no puede inferirse de un "compromiso" de renovación sucesiva, que no existían plazos ciertos y que nada podría intimarse hasta que finalizara la construcción de los buques. En efecto, esto es así porque: aquella renovación suponía el vencimiento de un plazo cierto y la suscripción de un nuevo contrato, el que fijaría otro plazo, igualmente cierto; la posibilidad de que un contrato sea renovado a su vencimiento, nada dice acerca de los vencimientos ocurridos durante el curso del contrato, como es el caso, de los vencimientos de intereses, cupones de renta o de amortización que motivaron intimaciones a la actora, ni conlleva la postergación de tales vencimientos; difícilmente pueda argumentarse que nada era exigible hasta que finalizara el contrato de construcción, con fundamento en el hecho de que el BANADE había "comprometido" la renovación sucesiva, puesto que al tratarse de operaciones en las que los bonos pertenecían a un tercero, aquella renovación se produciría con certeza, únicamente, en el supuesto de contarse con el expreso consentimiento del titular de los bonos.

20) Que con relación a lo expresado en la sentencia –ver considerando 18 punto c, de la presente– en el sentido de que la asistencia del segundo tramo –u$s 11.000.000– no podía ser objeto de retención alguna pues implicaría privar al astillero de una parte importante del capital necesario para llevar adelante el proyecto de construcción, cabe recordar que –a diferencia del primer tramo–, en el tramo que se examina el BANADE se comprometió a otorgar avales con el fin de respaldar el cumplimiento de contratos de financiación local que debía obtener la actora, o para garantizar la importación de equipos e insumos que requería dicho proyecto, los que serían otorgados conforme al avance de las obras (ver considerando 8 de la presente). En consecuencia, el incumplimiento sólo podía provenir de una negativa de avales frente a un contrato de financiación local presentado por la actora –financiación que pese a ser un requisito exigido por la resolución 2147, punto 3.2 del 6 de junio de 1991, la actora nunca acreditó haber obtenido–, o ante un concreto pedido de avalar la importación de insumos o equipos, sin que quepa considerar que pudo tener tal virtualidad la nota presentada por el astillero el 15 de septiembre de 1992 solicitando el libramiento de avales en favor de los proveedores de equipos (fs. 995 del cuerpo N° 14 de los exptes. agreg.), pues, según lo admite la actora (fs. 992 del mismo cuerpo), aún estaba negociando "...la instrumentación de las garantías correspondientes" que respaldarían el contrato de construcción (ver también lo dicho en el conside-

rando 13 de la presente, acerca de la ausencia de una carta de crédito o instrumento equivalente que avalara el precio del contrato). Por lo mismo, tampoco es correcto endilgar a la demandada una interrupción de la asistencia, pues ésta pareciera fundarse, antes que en el compromiso firmado entre ambas partes que requería contar con una financiación local (resolución 2147, del 6 de junio de 1991), en la expectativa de la actora expresada el 15 de diciembre de 1991, al solicitar no solamente un incremento de avales sino que el monto de u$s 6.500.000 correspondiente al segundo tramo de avales no librados se concretara mediante la entrega de fondos ("fondeo a largo plazo") –ver fs. 1047/1054 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados; ver también a fs. 901 del cuerpo N° 14 bis de los agregados, lo manifestado por la actora en el sentido de tener avanzadas tratativas con un grupo inversor que le permitiría "la obtención de fondos para el financiamiento de la construcción de los buques a exportar", aunque dicha obtención nunca fue acreditada en la causa–.

La demandada autorizó el segundo tramo de avales que se examina el 26 de junio de 1992 hasta la suma de u$s 4.500.000 y, al hacerlo, dispuso verificar si la actora estaba "...al día con sus compromisos", ordenando –en el caso contrario– retener los importes necesarios (fs. 934 y 935 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados). El mismo día se liquidaron en favor de la actora Bonex serie 1989 por un valor nominal de u$s 2.467.600, equivalente a u$s 1.995.842, en las condiciones establecidas en la comunicación "A" 990 del Banco Central de la República Argentina; se cubrieron gastos originados, básicamente, en diferencias en la paridad de los Bonex "por el efecto mercado", y se efectuaron retenciones en concepto de pago de honorarios de escribanos en la constitución de garantías, pago del vencimiento de cupones y otros gastos financieros (ver el informe de fs. 318/326 de la carpeta 2 de numeración separada de los expedientes agregados; ver informe pericial contable a fs. 805 del expediente principal y las aclaraciones suministradas a fs. 848 vta. del mismo expediente; ver el informe de fs. 1001/1003 del cuerpo N° 14 de los expedientes agregados, constancias de las que no resulta un monto total unívoco en concepto de retenciones: en el primer informe se calculó un importe de u$s 1.877.951; el peritaje estimó una suma de u$s 2.818.078, aunque en las aclaraciones, el perito dijo que sus cálculos se adecuaban al informe de fs. 1001/1003 antes citado, del que, sin embargo, resulta un importe de u$s 2.046.624). De todos modos, puesto que no es materia de agravios la corrección del cálculo de las retenciones, ni si con las liquidaciones efectuadas el 26 de junio de 1992 se respetó el tope

autorizado para efectuar operaciones con títulos públicos en relación al primer tramo de avales (esto es, u$s 5.700.000, suma temporariamente elevada a u$s 7.300.000), sólo corresponde examinar lo afirmado por la cámara en el sentido de que toda retención por parte del BANADE debía ser pospuesta hasta la finalización de la construcción de los buques, pues el punto 10 de la resolución 2147 del 6 de junio de 1991 estableció que: "todos los gastos, honorarios e impuestos emergentes de la constitución de las garantías establecidas en la presente, serán por cuenta y a cargo del titular", pero no determinó el momento en que se deducirían tales conceptos.

En este sentido asiste razón a la demandada cuando afirma que se aparta de los usos y las prácticas bancarias el pretender que los gastos originados en un acto de asistencia financiera no sean saldados al otorgar dicha asistencia sino que se posponga su cobro, en el caso hasta finalizar la construcción de los buques. Máxime si se repara en que el BANADE actuó por cuenta y orden del astillero al efectuar la compraventa de títulos valores y su posterior liquidación en el mercado financiero y, en consecuencia, le asistía el derecho de quien cumple el encargo de un comitente, esto es, retener aquellos conceptos generados en la propia operación encomendada. Más allá de ello, fue la actora quien de modo expreso aceptó la modalidad de retenciones aplicada por el BANADE al solicitarle a éste que "...se disponga el pago de los honorarios pactados por la empresa con el Escribano Federico España Solá..., respecto de la hipoteca que constituyéramos a favor de ese Banco" y, con tal finalidad, se retuvo de la liquidación de Bonex serie 1989, efectuada el 19 de febrero de 1992, el importe de aquellos honorarios (ver fs. 50 a 55, 60 a 63 y 93 de la carpeta 1 de numeración separada de los expedientes agregados, y fs. 1465, cuerpo N° 16 de los expedientes agregados). En relación con el importe correspondiente a las diferencias en la paridad de los bonos liquidados "por el efecto mercado", que implicó para la actora una importante disminución del monto total autorizado para este segundo tramo, aquella mengua no respondió –como lo expresó el *a quo*– a una conducta "antifuncional" del BANADE, sino que, en todo caso, lo impropio sería imponer a la demandada que posponga el recupero de tales diferencias, cargando con las negativas –aunque previsibles– consecuencias de la actuación de quien, como la actora, acudió a la negociación de títulos valores en el mercado financiero.

21) Que lo expresado precedentemente impide considerar que la actora haya cumplido con las obligaciones a su cargo, en los términos

de los arts. 510 y 1201 del Código Civil. Sin embargo, toda vez que aquélla atribuyó la caducidad de la asistencia dispuesta a la conducta que habría asumido el BANADE a partir de una denuncia radicada en sede penal, corresponde efectuar las siguientes consideraciones. La denuncia tuvo por objeto investigar al entonces interventor del BANADE (Rubén D. Poncio) y a las restantes autoridades de ese banco respecto de los "reiterados beneficios" que habría recibido la actora mediante líneas de crédito otorgadas por el BANADE. En especial, se denunció respecto de la operación de asistencia que se examina en este expediente: la improcedencia del método utilizado para calcular el monto de la antigua deuda del astillero que permitió llegar a un importe de u$s 2.273.916, que sería mucho menor que el real; la decisión de reducir aún más ese monto fijando la suma de u$s 800.000; y el permitir su cancelación con una retención efectuada en la nueva operación de asistencia concedida mediante la resolución 2147, del 6 de junio de 1991. En esa causa se produjo una prueba pericial –en la que se señaló al respecto que era posible calcular la deuda conforme a otro método, lo que arrojaría un importe de u$s 6.516.764,63–, pero el juez entendió que por tratarse de una deuda anterior, este aspecto era ajeno a la investigación de la causa; dispuso adoptar un "temperamento de carácter expectante" y, finalmente, sobreseer provisionalmente en las actuaciones sin procesar a persona alguna (fs. 240/243 del expediente principal). Según la actora, a raíz de aquella denuncia el entonces interventor del BANADE, a "mediados del año 1992" impartió la orden de "parar todo" y, en su criterio, éste sería el verdadero motivo de la suspensión de la asistencia financiera a partir del 26 de junio de 1992; basa su aserción en la declaración de dos funcionarios de la demandada (fs. 504/505 y 517), hecho que ha sido negado por el testimonio del interventor del BANADE (fs. 618/620). Sin embargo, difícilmente pueda aceptarse tal tesitura, pues las constancias de autos sustentan objetivamente las razones invocadas para declarar la caducidad de la asistencia pactada. En efecto, una vez que el juez penal ordenó la remisión del expediente mediante un oficio recibido por el BANADE el 4 de agosto de 1992, este organismo solicitó un plazo de 30 días para fotocopiar la totalidad de los cuerpos y el 9 de septiembre de 1992 encomendó a las dependencias correspondientes la realización de específicos informes sobre el estado del trámite de las actuaciones (fs. 1009/1011 y 979 del cuerpo N° 14 de los agregados). Como resultado de esa actividad, se constataron incumplimientos, algunos de los cuales no pudieron obedecer a la conducta asumida por la demandada, pues son anteriores a la fecha en que se habría interrumpido la asistencia (26 de junio de 1992), como lo son los rela-

tados en los considerandos 13 a 17 de la presente; otros que también avalan razonablemente la decisión del BANADE fundada en que, sin que se hubiera iniciado la construcción de un solo buque –lo cual impedía hacer valer la hipoteca naval–, se presentaba un endeudamiento del astillero superior al monto de las garantías realizables (fs. 997/999; 1001/1003 del cuerpo antes citado y 1129/1132 del cuerpo N° 15 de los agregados), e incluso, un último incumplimiento, como lo es la falta de presentación de los contratos de financiación local que habrían permitido llevar adelante la construcción –recaudo exigido por la resolución 2147, punto 3.2, y que dependía de la exclusiva conducta de la actora–, respecto del que ni siquiera se dio una explicación en la causa.

22) Que, por lo expuesto, no se ha demostrado que la caducidad de la resolución 2147, del 6 de junio de 1991 y la consiguiente imposibilidad de llevar adelante el contrato de construcción de buques celebrado entre la actora y la firma Bredrup Shipping A/S, puedan ser imputables al incumplimiento malicioso de la demandada, en los términos del art. 521 del Código Civil.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario de fs. 1408/1432 y se rechaza el de fs. 1396/1404, sin necesidad de tratamiento alguno en atención al resultado al que se arriba. Se revoca la sentencia de fs. 986/1047 y, en consecuencia, se rechaza la demanda. Con costas a la actora en todas las instancias. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recursos ordinarios interpuestos por **Astilleros Vicente Forte S.A.M.C.I., actora en autos,** representada por el Dr. **Francisco Manuel Gago,** con el patrocinio letrado del Dr. **Ricardo Gustavo Recondo**; **y Juan Baustista Luqui, apoderado del patrimonio en liquidación del BANADE, en representación del Banco Nacional de Desarrollo demandado en autos.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8.**

MARIO NESTOR CHICCA v. ANSES

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Seguridad social.

Corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación deducido contra la sentencia que hizo lugar a la demanda dirigida a que se reconociera el derecho del jubilado a computar en el rubro antigüedad, el período trabajado entre la renuncia condicionada y el cese efectivo, a efectos de recalcular el haber jubilatorio otorgado al amparo de la ley 24.018, si los agravios propuestos en el memorial no cumplen con el requisito de fundamentación, pues efectúan consideraciones generales sobre la vigencia de la ley 24.018, que constituye un tema ajeno al litigio, y cuestionan el fondo del asunto con planteos que omiten hacerse cargo de los argumentos fácticos y jurídicos de la sentencia.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Chicca, Mario Néstor c/ ANSES s/ reajustes varios”.

Considerando:

Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó la sentencia de primera instancia que había admitido la demanda dirigida a que se reconociera el derecho del jubilado a computar en el rubro antigüedad, el período trabajado entre la renuncia condicionada y el cese efectivo, a efectos de recalcular el haber jubilatorio otorgado al amparo de la ley 24.018, la representante de la Administración Nacional de la Seguridad Social dedujo el recurso ordinario de apelación, que fue concedido y es procedente según lo establecido por el art. 19 de la ley 24.463.

Que los agravios propuestos en el memorial no cumplen con el requisito de fundamentación, pues efectúan consideraciones generales sobre la vigencia de la ley 24.018, que constituye un tema ajeno al litigio, y cuestionan el fondo del asunto con planteos que omiten hacerse cargo de los argumentos fácticos y jurídicos de la sentencia, defectos que justifican declarar desierto el remedio intentado (3er. párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara desierto el recurso ordinario de apelación concedido a fs. 88. Costas por su orden (art. 21 de la ley 24.463). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso ordinario interpuesto por **la Administración Nacional de la Seguridad Social demandada en autos, representada por la Dra. Carolina Giudice.**
Traslado contestado por **Mario Néstor Chicca, actor en autos, representado por el Dr. Alberto Justo Bertolini.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social. Sala II.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 1.**

AEROPUERTOS ARGENTINA 2000 S.A. v. MUNICIPALIDAD DE VALLE VIEJO Y OTRO

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Cuestiones de competencia.

Las decisiones judiciales que resuelven cuestiones de competencia no autorizan, como regla, la apertura de la instancia extraordinaria por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, salvo que medie denegación del fuero federal u otras circunstancias excepcionales que permiten equiparar esas resoluciones interlocutorias a pronunciamientos definitivos, entre ellas, cuando la decisión atacada conduce a configurar un supuesto de privación o denegación de justicia de imposible o tardía reparación ulterior.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Cuestiones de competencia.

La sentencia que acogió el planteo de incompetencia no es una sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal ya que, al sostener que la intervención previa del Organismo Regulador del Sistema de Aeropuertos es insoslayable y necesaria, no deniega el fuero federal sino que sólo posterga su conocimiento hasta tanto exista una decisión administrativa susceptible de revisión por parte del Poder Judicial y tampoco coloca al recurrente en una situación de privación de justicia que afecte la defensa en juicio, por lo que no clausuró la vía procesal intentada, en tanto no cercena la posibilidad de acceder a la justicia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 341/342, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, declaró que la Justicia Federal de Catamarca resulta incompetente para entender en la acción declarativa interpuesta por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. contra la Municipalidad de Valle Viejo de esa Provincia y el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (en adelante ORSNA). Dicha demanda tiene por objeto que se le otorgue certeza jurídica con relación a las siguientes cuestiones: a) que el servicio público aeroportuario comprende los servicios básicos y específicos, así como también los conexos propios y necesarios para la prestación del transporte aéreo; b) que el ORSNA tiene competencia exclusiva y excluyente en materia de poder de policía, de especialidad técnica y fiscalización de las tasas pertinentes; c) que Aeropuertos Argentina 2000 S.A. no es sujeto imponible de los derechos y tasas por los servicios locales de policía municipal, por ser concesionario de un servicio público federal y d) que los municipios tienen derecho a percibir el cobro de las tasas por los servicios municipales prestados en áreas periféricas, externas o de circunvalación a las instalaciones federales de los establecimientos aeroportuarios y únicamente en la medida concreta y efectiva de la prestación del servicio (v. fs. 50 en escrito de demanda).

Para así decidir, sostuvo que del decreto 375/97, ratificado por 842/97, se desprende la competencia del ORSNA, en su condición de órgano administrativo con facultades jurisdiccionales, para conocer en todo tipo de controversia que se suscite entre personas físicas o jurídicas con motivo de la administración y/o explotación de los aeropuertos, razón por la cual resulta necesaria la intervención previa del ente.

– II –

Disconforme con dicho pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 350/360.

Sostiene que la Cámara, al hacer lugar a la pretensión del ORSNA, lesiona la garantía del debido proceso, pues examina en forma parcial la sentencia de primera instancia y deja de lado la prohibición de articular excepciones previas del art. 498, inc. 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por otra parte, expresa que el *a quo* incurre en un error de interpretación del plexo normativo, al vincular el régimen legal que establece el marco regulatorio del transporte y distribución de gas natural (ley 24.076) con el decreto 375/97, que establece el marco regulatorio del servicio público aeroportuario, puesto que, en el primero se establece una instancia inmediata de apelación (art. 66), mientras que el segundo dispone que las decisiones de naturaleza jurisdiccional agotarán la vía administrativa, lo cual demuestra una clara diferencia entre ambos sistemas. En este sentido, destaca que el decisorio apelado prescinde de evaluar las circunstancias probadas en la causa, incurriendo en una aplicación "ritualista y antifuncional" del art. 29 del decreto 375/97, toda vez que la instancia administrativa ya se encontraba agotada ante la resolución por parte del ORSNA de una situación análoga, a la aquí discutida en la cual sostuvo un criterio que reiteró en la contestación de la demanda.

– III –

Si bien los pronunciamientos que resuelven cuestiones de competencia no autorizan, en principio, la apertura del remedio federal previsto en el art. 14 de la ley 48, en tanto no constituyen sentencias definitivas, cabe hacer excepción a tal principio cuando comportan denegatoria del fuero federal (Fallos: 306:190; 311:1232; 316:3093, entre muchos otros), tal como ocurre en el *sub lite*.

– IV –

Así planteada la cuestión, estimo que la sentencia apelada se ajusta a derecho en cuanto resuelve que la controversia debe ser previamente dilucidada en la jurisdicción administrativa del ORSNA.

En efecto, el decreto 375/97 (ratificado por 842/97), en su art. 29, crea un organismo administrativo con facultades jurisdiccionales, cuya existencia y competencia V.E. ha admitido desde el lejano precedente

"Fernández Arias" (Fallos: 246:646), con la limitación de que sus decisiones estén sujetas a un control judicial suficiente, con el fin de asegurar y proteger los principios con jerarquía constitucional. En este sentido, cabe advertir que ante la expresa previsión de la norma citada, no resulta necesario acudir a las disposiciones que fijan el régimen jurídico del gas y el de su ente regulador y, menos aún se puede afirmar –como lo hizo la Cámara– que la intervención previa del ORSNA tiene sustento en el art. 66 de la ley 24.065, aunque ello no modifica la solución de la litis.

Ello es así, porque el art. 29, del mencionado decreto 375/97, establece que toda controversia que se suscite entre personas físicas o jurídicas con motivo de la administración y/o explotación de los aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos deberá ser sometido en forma previa a la jurisdicción del ORSNA, el cual será el único órgano administrativo con facultades jurisdiccionales sobre cuestiones de esta naturaleza. Por otra parte, en relación con las funciones propias del ente, el art. 17, inc. 30, reconoce la de resolver las diferencias entre el concesionario o administrador del aeropuerto y el Estado Nacional, o entre éstos y los usuarios, y todo conflicto suscitado con motivo o en ocasión del desarrollo de actividades aeroportuarias.

En tales condiciones, surge claramente que el plexo normativo reseñado prevé la intervención del organismo regulador para resolver situaciones como la que se presenta en la especie, en forma previa y obligatoria a la instancia judicial, lo cual, a mi modo de ver, no cercena la posibilidad de acceder a la justicia, ni la garantía del debido proceso, sino que sólo posterga su intervención hasta tanto exista una decisión administrativa que luego quedaría sometida, según el caso, a la revisión por parte del Poder Judicial (Conf. doctrina de Fallos: 319:498; 324:3686).

En consecuencia, opino que este proceso debe seguir la vía jurisdiccional administrativa prevista en el decreto 375/97, de modo coincidente con lo resuelto por el *a quo*.

– V –

Por todo lo expuesto, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 17 de junio de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Municipalidad de Valle Viejo y otro s/ acción declarativa de certeza”.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, que revocó la de la instancia anterior y, en consecuencia, declaró la incompetencia del Juzgado Federal de Catamarca para entender en la acción declarativa interpuesta por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. contra la Municipalidad de Valle Viejo y el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 350/360), que fue concedido (fs. 375).

2°) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte, las decisiones judiciales que resuelven cuestiones de competencia no autorizan, como regla, la apertura de la instancia extraordinaria por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, salvo que medie denegación del fuero federal u otras circunstancias excepcionales que permiten equiparar esas resoluciones interlocutorias a pronunciamientos definitivos, entre ellas, cuando la decisión atacada conduce a configurar un supuesto de privación o denegación de justicia de imposible o tardía reparación ulterior (conf. doctrina de Fallos: 320:2193; 325:2284, 3023 y 3476; 326:1198, 1355, 1372 y 1663, entre otros). Dicho requisito no puede suplirse aunque se invoque la existencia de arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales (Fallos: 327:312 y 1245).

3°) Que, al no presentarse ninguna de las excepciones señaladas, la sentencia que acogió el planteo de incompetencia no es una sentencia definitiva, ni puede ser equiparada a tal. Ello es así pues, al sostener que la intervención previa del organismo regulador es insoslayable y necesaria, no deniega el fuero federal sino que, como afirma el señor Procurador Fiscal subrogante, sólo posterga su conocimiento hasta tanto exista una decisión administrativa susceptible de revisión por parte del Poder Judicial y, por otro lado, tampoco coloca al recurrente en una situación de privación de justicia que afecte la de-

fensa en juicio, ya que dicha decisión no clausuró la vía procesal intentada, en tanto no cercena la posibilidad de acceder a la justicia.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Dr. Gonzalo Molina** en nombre y representación de **Aeropuertos Argentina 2000 S.A.,** con el patrocinio letrado del **Dr. Jorge N. Brizuela Gerez.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.**

DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA v. PESQUERA ALENFISH S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Juicios de apremio y ejecutivo.

Si bien 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 del carácter de sentencia definitiva, se admite dicho recurso cuando la decisión objetada pueda provocar agravios de imposible reparación posterior.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Juicios de apremio y ejecutivo.

Si bien la limitación dispuesta por el legislador a la posibilidad de apelar ante la segunda instancia las sentencias dictadas en los procesos de ejecución, implica un tema de política legislativa en la regulación del proceso, ajena como regla al control de los jueces, ello se aplica únicamente a la “sentencia de ejecución”.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

La primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente principal es la letra de la ley y en esta

tarea no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios y el mensaje del órgano que lo propone, que resultan útiles para conocer su sentido y alcance.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Interpretación y aplicación.

La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar que se ponga en pugna las disposiciones de la ley, destruyendo las unas con las otras, y adoptar un criterio que suponga una armonización de sus preceptos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la fundamentación normativa.

Mal puede argüirse que la resolución que fijó el modo de pago de los honorarios del letrado –y que los declaró comprendidos en el régimen de la ley 25.344 y motivo de la denegada apelación– se encuentre alcanzada por los términos del párrafo 14, art. 92 de la ley 11.683, que solo incluyen la irrecurribilidad del auto de intimación de pago y embargo y de la sentencia que manda a llevar adelante la ejecución.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 165 de los autos principales (a los que me referiré en adelante), la Sala I de la Cámara Federal de Seguridad Social declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el letrado Aldo José Codevilla contra la sentencia que había incluido, dentro del régimen de consolidación establecido por la ley 25.344, a los honorarios regulados por su doble actuación como apoderado y patrocinante de la demandada.

Para así decidir, destacó la naturaleza propia de los procesos de ejecución fiscal y su particular sistema recursivo, en el que se enmarca la inapelabilidad de las sentencias allí dictadas –cfr. 14° párrafo, art. 92, ley 11.683, t.o. 1998– así como la inexistencia de salvedad

alguna con relación a sus accesorios. Citó los plenarios “Caolines” y “Banco de Quilmes S.A.” y agregó, con fundamento en doctrina del Alto Tribunal, que no es exigencia constitucional la doble instancia judicial.

– II –

Disconforme, el letrado interpuso el recurso extraordinario de fs. 167/171, que, denegado por el *a quo* a fs. 175, motivó la presente queja.

Tacha de arbitraria a la sentencia pues, al vedar el acceso a la instancia, configura una denegación de justicia que viola la garantía de defensa en juicio.

Añade que, en el *sub lite*, no se impugna la regulación de honorarios que integra la sentencia sino que, por el contrario, éstos se encuentran firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada. Lo discutido, aclara, es su forma de pago, lo cual, a su criterio, importa interpretar y aplicar la ley 25.344, circunstancia que no es un aspecto accesorio de la sentencia considerada inapelable por aplicación del ya citado párrafo 14° del art. 92 de la ley 11.683.

Señala, también, que fue la Alzada quien introdujo el tema de la inapelabilidad de la sentencia, no invocado por la representación fiscal.

Además, denuncia que el pronunciamiento recurrido lesiona la inviolabilidad de su propiedad, en tanto la cancelación de los honorarios por parte del Fisco mediante el empleo de títulos de la deuda pública representa una quita en sus valores reales, que deriva –en su criterio– en una confiscación de su patrimonio.

– 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 pos-

terior, como estimo que sucede en el *sub lite*, donde la declarada improcedencia de la apelación restringe la defensa del recurrente y frustra el derecho federal invocado.

Cierto es que, según ha expresado el Tribunal, la limitación dispuesta por el legislador a la posibilidad de apelar ante la segunda instancia las sentencias dictadas en los procesos de ejecución, implica un tema de política legislativa en la regulación del proceso, ajena como regla al control de los jueces (conf. dictamen de este Ministerio Público del 26 de diciembre de 2002 *in re* F.766, L.XXXVII, "Fisco Nacional –PEN– Sec. Ingresos Públicos-DGI c/ Astinave Sociedad Anónima s/cobro de recursos de la seguridad social– ejecución fiscal" a cuyos fundamentos remitió el Alto Tribunal en su sentencia del 26 de agosto de 2003), pero no menos cierto es que ello se aplica únicamente a la "sentencia de ejecución" que, en el *sub examine*, se encuentra firme y consentida.

En efecto, la lectura del mensaje de elevación del que fuera el proyecto de la ley 23.658, que introdujo la restricción en debate, claramente indica –desde mi óptica– que la única finalidad de la modificación en varios institutos de la ley de procedimientos fiscales fue la de "*...evitar maniobras de obstrucción del accionar del organismo fiscal y de dilación del proceso de cobranza de las deudas tributarias.* Ello permitirá elevar el riesgo potencial de evadir impuestos y mejorará en consecuencia el grado de conciencia tributaria y cumplimiento voluntario de la comunidad." (la cursiva no pertenece al original. Mensaje N° 1852. Trámite Parlamentario N° 161, del 16 de diciembre de 1988, pág. 4089).

Con particular referencia al alcance del supuesto en estudio, reiteradamente V.E. ha dicho que la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente principal es la letra de la ley (Fallos: 302:1600, entre muchos) y en esta tarea no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios y el mensaje del órgano que lo propone, que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (Fallos: 306:1047).

Asimismo, debe ponderarse que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar que se ponga en pugna las disposiciones de la ley, destruyendo las unas con las otras, y adoptar un criterio que suponga una armonización de sus preceptos (Fallos: 307:518; 317:779).

A la luz de esos principios, mal podría argüirse, pues, que la resolución que fijó el modo de pago de los honorarios del letrado –y que los declaró comprendidos en el régimen de la ley 25.344 y motivo de la denegada apelación– se encuentre alcanzada por los aludidos términos de la ley 11.683, que, a mi modo de ver, solo incluyen la irrecurribilidad del auto de intimación de pago y embargo y de la sentencia que manda a llevar adelante la ejecución, razón por la cual el legislador deja a salvo "el derecho de la Administración Federal de Ingresos Públicos de librar nuevo título de deuda, y del ejecutado de repetir por la vía establecida en el artículo 81 de esta ley" (cfr. párrafo 14, *in fine*, art. 92).

En este estado de cosas, opino que corresponde tener en cuenta el art. 116 de la ley de procedimiento fiscal, que preceptúa que, en todo lo no previsto en su título I, será de aplicación supletoria, en lo que aquí respecta, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Máxime, cuando el art. 244, párrafo segundo, de dicho ordenamiento establece, con carácter general, que toda regulación de honorarios es apelable.

Consecuentemente, al resolver como lo hizo, pienso que la alzada tergiversó el significado y los términos de la norma, frustró el derecho del actor a obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional y, con ello, la garantía del derecho de defensa en juicio, motivo por el cual su resolución no puede ser considerada como sentencia válida.

– 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, 7 de mayo de 2004. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Aldo José Codevilla en la causa Fisco Nacional – Dirección General Impositiva c/ Pesquera Alenfish S.A.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que este Tribunal comparte las consideraciones expuestas por el señor Procurador Fiscal subrogante, a las que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello se hace lugar a la queja, se declara procedente al recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 165 de los autos principales. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Reintégrese el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr. fs. 1). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho deducido por el Dr. **Aldo José Codevilla, por derecho propio**, con el patrocinio letrado del Dr. **Luis Oscar Codevilla.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social – Sala I**.
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8.**

LABORATORIOS DUNCAN S.C.A. Y OTRA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que revocó las sanciones que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) impuso a un laboratorio y a su ex directora técnica, por haber comercializado un lote de un medicamento con indicaciones en los envoltorios que no respondían a su contenido.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un precepto de naturaleza federal (decreto 150/92), y la decisión final recaída en el pleito ha sido adversa al derecho que el apelante fundó en dicha norma (art. 14, inc. 3°, ley 48) (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

MEDICAMENTOS.

Aun cuando la letra del art. 3° del decreto 150/92 carece de carácter prohibitivo, omite referirse específicamente a los blisters y parece describir únicamente la información a presentar con la solicitud de inscripción, no es dudoso que la norma –aun con su imperfecta formulación– está dirigida a prescribir las condiciones de comercialización de los medicamentos y que las expresiones "rótulos y etiquetas" contenidas en ella son comprensivas de todas las leyendas externas o internas que den cuenta en los envases del "contenido por unidad de venta" (art. 3° inc. c, cit) (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

MEDICAMENTOS.

Corresponde revocar la sentencia que descalificó las sanciones impuestas por la ANMAT por la comercialización de un lote de un medicamento con indicaciones en los envoltorios que no respondían a su contenido, pues el *a quo* realizó una interpretación equivocada de las normas aplicable, ya que el laboratorio infringió la prohibición de comercializar medicamentos en condiciones distintas a las previamente autorizadas, lesionando o poniendo en peligro la salud pública a cuya protección propende la ley y su reglamentación (arts. 1° y 2°, ley 16.463 y art. 2°, decreto 150/92) (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Laboratorios Duncan S.C.A. y su ex directora técnica, Elena Filkenger, interpusieron el recurso de apelación previsto por el art. 21 de la Ley de Medicamentos (ley 16.463), contra la disposición N° 1924/99, mediante la cual el Director Nacional de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica

(A.N.M.A.T.), les impuso diez mil y siete mil pesos de multa, respectivamente, por haber infringido el art. 3° del decreto N° 150/92.

La Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires había detectado en el Hospital General de Agudos E. Tornú, la existencia de la especialidad medicinal DUNOX (Amoxicilina Trihidrato 500mg), en cuyos blisters figuraba la inscripción "500 g" en lugar de "500 mg", tal como se encontraba registrado y autorizado.

Sustanciado el correspondiente sumario, el descargo de la firma –error de impresión en una parte del rollo de aluminio que constituía los blisters o posible falsificación del medicamento– no satisfizo al ANMAT, que tuvo por fehacientemente comprobada la comisión de la falta y descartó la posible falsificación aducida al haber obtenido "evidencias de comercialización entre el Laboratorios Duncan SCA y Droguería Magna y entre ésta y el Hospital Tornú".

– II –

A fs. 172/173, el titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 4, revocó "por no ajustarse a derecho", la disposición ANMAT N° 4635/97, con lo cual dejó sin efecto las multas impuestas. Asimismo, recomendó al laboratorio "guardar más recelo con el etiquetado de los medicamentos que comercializa".

Para así resolver, sostuvo que el art. 3° del decreto 150/92, mencionado en la resolución de fs. 77/81 que fuera apelada, no hace referencia al hecho que dio origen a las presentes actuaciones.

Señaló que si bien el Laboratorio había cometido un error de impresión gráfica en el reverso del blister –donde no era obligatorio poner el peso del medicamento–, no podía dejar de considerarse que los productos en cuestión estaban rotulados correctamente en los lugares requeridos.

Agregó que resultaba evidente la gran diferencia entre un comprimido de 500 miligramos y un "supuesto" comprimido con 500 gramos de sustancia medicamentosa. Finalizó reiterando que el hecho se debió a un error involuntario en la impresión del blister.

– III –

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 183/192, cuya denegatoria por el *a quo* originó la presente queja.

– IV –

En mi concepto, dicho remedio es formalmente admisible, desde que se controvierte la inteligencia de la ley federal 16.463 y su reglamentación, así como también la validez de actos de autoridad nacional y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Considero, asimismo, que, toda vez que los agravios vinculados con la arbitrariedad del fallo se encuentran inescindiblemente ligados a la inteligencia de las normas federales, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 308:1076; 314:1460).

– V –

En cuanto al fondo del asunto, adelanto mi opinión en sentido contrario a lo resuelto por el *a quo*, porque entiendo que no ha examinado en su totalidad el régimen normativo atinente al caso de autos, como tampoco lo hicieron las partes. No obstante, pienso que, al versar el juicio sobre interpretación de leyes federales cuya aplicación incumbe a la Corte en última instancia, la circunstancia de que la solución de derecho propugnada por el recurrente encuentre fundamento en otro precepto legal que el invocado por éste, no impide su reconocimiento por la sentencia de ese Ato Tribunal (Conf. Fallos: 240:218).

Cabe recordar que toda figura sancionatoria debe estar integrada por una descripción de la conducta prohibida y por la sanción en concreto. En este aspecto y tal como señala la actora, el art. 3 del decreto 150/92, que –según la disposición ANMAT N° 1924/99 fue infringido por el Laboratorio Duncan y por su directora técnica– sólo realiza una descripción de los elementos o informaciones que deben contener las solicitudes de inscripción al registro de especialidades medicinales o farmacéuticas, con lo cual, al no establecer las penas a aplicar, no se adecuaría al estándar exigido por el principio de legalidad.

Sin embargo, dicha disposición también hace referencia al decreto 1490/92, de creación del ANMAT, al cual instituye como órgano de

aplicación de las normas legales que rigen la materia (art. 4°), y fija entre sus atribuciones la de "***Establecer*** *en todos los casos que correspondiere, los apercibimientos,* ***sanciones y penalidades*** *previstos por la normativa aplicable*" (art. 8°, énfasis agregado) y entre esa "normativa aplicable" se encuentra la "Ley de Medicamentos" –ley 16.463–.

Dice esta ley en su art. 1°, que "*Quedan sometidos a la presente ley y a los reglamentos que en su consecuencia se dicten, la 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* ***y las personas de existencia visible o ideal que intervengan en dichas actividades***." (énfasis agregado).

Y seguidamente, dispone que "*...El titular de la autorización y el director técnico del establecimiento, serán personal y solidariamente responsables de la pureza y legitimidad de los productos*." (art. 3°, 2da. parte; énfasis agregado), tras lo cual prohíbe "*La realización de cualquiera de las actividades mencionadas en el artículo 1, en violación de las normas que reglamentan su ejercicio conforme con la presente ley*" (art. 19, inc. b), penalizando a continuación –en lo que al supuesto de autos interesa– "*Las infracciones a las normas de la presente ley y su reglamentación... b) Con multas de $ 2.000 a $ 5.000.000;...*" (art. 20).

En tales condiciones, por constituir las normas citadas un único plexo normativo, estimo que la responsabilidad del laboratorio y de su director técnico, en estas circunstancias, encuentra directa aplicación en la propia ley 16.463 y en el decreto de creación del ANMAT, aunque el recurrente no lo haya invocado expresamente.

Así, la figura sancionatoria queda integrada: a) por la descripción de la conducta prohibida, cual es la de comercializar medicamentos en violación a la norma que reglamenta su ejercicio (art. 3° del decreto 150/92) y b) por la sanción en concreto, que surge del art. 20° de la ley 16.463; unidos ambos aspectos –el prohibitivo y el sancionatorio– en razón de lo que prevé el art. 19° inc. b de la Ley de Medicamentos. Ello, en mi criterio, sin mengua del principio de legalidad.

Por lo demás, parece insoslayable mencionar la recepción constitucional –en el nuevo art. 42–, de los derechos de los consumidores,

entre ellos, a la protección de la salud o a la información adecuada y veraz y su estrecha relación con las posibles consecuencias de una solución adversa a la interpretación que se propicia.

– VI –

Lo hasta aquí expuesto es suficiente, en mi opinión, para hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada, disponiendo que vuelvan los actuados al tribunal de procedencia para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 6 de noviembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica en la causa Laboratorios Duncan S.C.A. y Filkenger, Elena s/ infracción ley 16.463", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se desestima la queja. Intímase a la recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, tómese nota por Mesa de Entradas, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 4 revocó las sanciones de multa que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) impuso a Laboratorios Duncan S.C.A. y a su ex directora técnica, por haber comercializado un lote del producto "Dunox" (Amoxicilina Trihidrato 500 mg.) con indicaciones en los envoltorios que no respondían a su contenido. Contra esta sentencia, el organismo administrativo dedujo el recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2°) Que, para decidir como lo hizo, el magistrado sostuvo que la conducta aludida no aparecía incriminada en la norma invocada a tal fin (art. 3°, decreto 150/92). Precisó que si bien Laboratorios Duncan S.C.A. había cometido un error de impresión gráfica al hacer constar en el reverso del *blister* una composición que no se correspondía con la del medicamento contenido (500 g. en vez de 500 mg.), ese detalle no era exigido por la reglamentación aplicable. Al respecto, señaló que la caja había sido rotulada en forma adecuada; y que resultaba palmaria –y, por ello, carente de peligro potencial para la salud de la población– la diferencia que existía entre lo inscripto en los envoltorios y lo distribuido. No obstante, formuló una recomendación al laboratorio para que, en lo sucesivo, guardara "más recelo con el etiquetado de los medicamentos que comercializa".

3°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un precepto de naturaleza federal (decreto 150/92), y la decisión final recaída en el pleito ha sido adversa al derecho que el apelante fundó en dicha norma (art. 14, inc. 3°, ley 48).

4°) Que la comercialización de "drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana" quedó sometida, por expresa disposición del legislador, a los preceptos de la ley 16.463 y a los reglamentos que se dictaran en consecuencia. En tal sentido, se estatuyó que la actividad debía llevarse a cabo, previa autorización y control del Ministerio de Salud, en las condiciones y

dentro de las normas que estableciera la reglamentación. Se prohibió en forma explícita una actuación en contrario y se fijaron las sanciones que tal incumplimiento podía suscitar (confr. arts. 1°; 2°; 19, inc. b; y 20, ley 16.463). En particular, la ley determinó que los medicamentos de expendio al público debían reunir "las condiciones técnicas de identificación u otras que establezca la reglamentación" (art. 5°, ley cit.).

5°) Que, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 86, inc. 2° (actual art. 99, inc. 2°) de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 150/92, mediante el que fijó diversas pautas relacionadas con la actividad en cuestión. Así, precisó que los únicos insumos autorizados para la venta eran los inscriptos en el registro especial que debía llevar el ministerio del área, y especificó la información que era menester incorporar en las solicitudes de inscripción respectivas, en especial los datos que debían aparecer en los rótulos y etiquetas: entre ellos, el "contenido por unidad de venta". Por lo demás, este detalle, en su aspecto no variable, debía reproducirse en los prospectos correspondientes (confr. arts. 1°; 2°; 3°, incs. c y d, del decreto 150/92, modificado por decreto 177/93). Cabe añadir que estas normas sustituyeron otras sustancialmente similares de la reglamentación anterior (arts. 25 y 27, incs. k, y l, del decreto PEN 9763/64). En este orden de ideas, en el decreto se consignó que el cumplimiento de los requisitos exigidos era condición suficiente para realizar la actividad de marras, y que las infracciones a sus disposiciones serían sancionadas de acuerdo a lo previsto en la ley 16.463 (ver, respectivamente, arts. 21 y 18, dec. cit.).

6°) Que, en consecuencia, y aun cuando la letra del art. 3° del decreto 150/92 carece de carácter prohibitivo, omite además referirse específicamente a los *blisters* y parece describir únicamente la información a presentar con la solicitud de inscripción mencionada, no es dudoso que la norma –aun con su imperfecta formulación– está dirigida a prescribir las condiciones de comercialización de los medicamentos y que las expresiones "rótulos y etiquetas" contenidas en ella son comprensivas de todas las leyendas externas o internas que den cuenta en los envases del "contenido por unidad de venta" (art. 3° inc. c, cit). De ello se sigue –contra lo resuelto por el *a quo*– que el laboratorio infringió la prohibición de comercializar medicamentos en condiciones distintas a las previamente autorizadas, lesionando o poniendo en peligro la salud pública a cuya protección propende la ley y su reglamentación (arts. 1° y 2°, ley 16.463 y art. 2°, decreto 150/92).

7°) Que, en razón de lo expuesto, cabe concluir que el *a quo* ha realizado una interpretación equivocada de las normas involucradas en el pleito, por lo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento apelado. Ello, vale destacarlo, sin que la conclusión importe adelantar opinión alguna respecto del planteo formulado por la ex directora técnica de la empresa, basado en la ausencia de participación en el sumario administrativo instruido en su contra (confr. fs. 98 y 168).

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se decide. Exímese a la recurrente de integrar el depósito correspondiente al art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a cuyo pago se encontraba obligada. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y remítanse.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho deducido por **el doctor Adrián Ernesto Galli-Basualdo, por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).**
Tribunal de origen: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 4, Secretaría N° 8.**

LABORATORIOS BAGO S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Existe cuestión federal si se controvierte el alcance de la ley federal 16.463 y su reglamentación, y la decisión ha sido contraria a la pretensión que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

MEDICAMENTOS.

Toda publicidad o propaganda realizada en contraposición a los términos de la resolución 1622/84 del ex Ministerio de Salud y Acción Social crea una presunción de responsabilidad en cabeza del director técnico por tratarse del sujeto al

que se le atribuye incumbencia técnica en todo lo referente a la publicidad de los productos, que resulta legítima en tanto las circunstancias fácticas contempladas por la ley la sustenten razonablemente y se acuerde a los procesados oportunidad de defensa y prueba de descargo.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implica desconocer la preciosa garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal.

MEDICAMENTOS.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que confirmó la multa impuesta por la ANMAT a un laboratorio por haber realizado un anuncio al público prohibido por el art. 19, inc. d, de la ley 16.463, y revocó la que, por el mismo hecho, le aplicó al director técnico de la firma, si el *a quo* ha omitido examinar el contenido del plexo normativo de directa aplicación al caso, sin que importe adelantar juicio alguno a su respecto frente a lo previsto en el segundo párrafo del art. 3° de la ley 16.463.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que confirmó la multa impuesta por la ANMAT a un laboratorio por haber realizado un anuncio al público prohibido por el art. 19, inc. d, de la ley 16.463, y revocó la que, por el mismo hecho, le aplicó al director técnico de la firma (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 408/409 de los autos principales –a cuya foliatura me referiré– el titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3 confirmó parcialmente la disposición N° 5826/99 del Director de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médi-

ca (en adelante ANMAT), mediante la cual impuso cincuenta mil pesos de multa a Laboratorios Bagó SA, en tanto que la revocó parcialmente acerca de la multa de veinticinco mil pesos impuesta a su director técnico Julio C. Marangoni –ambos habían sido imputados por infracción a los arts. 19°, inciso d, de la ley 16.463 y 37° del decreto 9763/64, que sanciona toda forma de anuncios al público para los productos medicinales que hayan sido autorizados en la condición de "venta bajo receta"–.

Para así resolver, en lo que aquí interesa, dijo que en las actuaciones no existen elementos que permitan suponer que el Director Técnico tuvo participación en los hechos imputados al laboratorio, siendo que la ANMAT –que cita como fundamento de la multa que le impone al art. 3° de la ley 16.463– lo sancionó por estimarlo solidariamente responsable con aquél.

Por otra parte, aseveró, una detenida lectura del texto del citado artículo permite observar que –contrariamente a lo sostenido por la Administración– la solidaridad en la responsabilidad del director técnico con el titular de la autorización para producir el medicamento (léase "laboratorio") no abarca toda la actividad de éste, sino que se limita a lo que el segundo párrafo del artículo expresamente indica: "serán personal y solidariamente responsables **de la pureza y legitimidad de los productos**", de lo que se sigue que cualquier otra cuestión –como la que se presenta en el *sub lite*– se encuentra excluida de dicha solidaridad, lo cual es absolutamente razonable –explicó– desde que no debe alcanzarlo sobre decisiones puramente empresariales o de marketing que son adoptadas por los responsables del laboratorio y de las cuales, en la mayoría de los casos, se encuentra excluido por no ser de su directa competencia.

– II –

Disconforme, la ANMAT interpuso el recurso extraordinario de fs. 416/434 que, denegado por el *a quo* (fs. 466/468), dio lugar a esta presentación directa, que trae el asunto a conocimiento de V.E.

– III –

En mi concepto, dicho remedio es formalmente admisible, desde que se controvierte la inteligencia de la ley federal 16.463 y su regla-

mentación, así como también la validez de actos de autoridad nacional y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria al derecho que el recurrente fundó en ellos (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Considero, asimismo, que, toda vez que los agravios vinculados con la arbitrariedad del fallo se encuentran inescindiblemente ligados a la inteligencia de las normas federales, resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 308:1076; 314:1460).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, es dable recordar que, al discutirse el contenido y alcance de normas de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (doctrina de Fallos: 308:647).

A mi modo de ver, el *a quo* no ha examinado en su totalidad el régimen normativo atinente al caso de autos, cuando interpreta que el director técnico no es solidariamente responsable porque este aspecto no abarca totalmente su actividad –con sustento en el segundo párrafo del art. 3° de la ley 16.463– toda vez que sólo debe responder, según dijo, por la pureza y legitimidad de los productos que expende el laboratorio.

En efecto, la resolución M.S. y A.S. N° 1622/884 –que regula la publicidad y propaganda de medicamentos aprobados bajo condición "venta libre"– dispone, en lo que al supuesto de autos interesa, que "*Las infracciones a esta resolución harán pasible a los titulares del producto publicitado y al* ***Director Técnico****, de las* ***sanciones previstas en la ley 16.463***." (art. 13, énfasis agregado).

Tal disposición, según estimo, es la que determina que la Ley de Medicamentos y sus decretos reglamentarios sean directamente aplicables en lo tocante a la responsabilidad –personal y solidaria– del director técnico respecto de la publicidad que se cuestiona.

Por lo demás, si bien no cabe interpretar, según opino, que de dicho plexo normativo se derive que aquél sea responsable de modo ineludible –tal como, erróneamente a mi criterio, sostiene la ANMAT en su recurso, lo que no se compadece con lo declarado por el Tribunal sobre el tema: "...*la existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implican desconocer la preciosa*

garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal... pues tal criterio comporta una interpretación de la presunción legal que es incompatible con el principio según el cual sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente.". (Sentencia del 20 de noviembre de 2001 *in re* "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de Medicamentos Alimentos y Tecnología Médica en la causa Abbott Laboratories Argentina Sociedad Anónima s/ infracción ley 16.463", A. 489. XXXIV)– cabe poner de resalto que el citado profesional, excepto por algunas generalidades ensayadas en la apelación y en el memorial presentado con motivo de la audiencia del art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación (confr. fs. 98 y 129, respectivamente), no alegó circunstancia que lo eximiera de la atribución de responsabilidad en el plano subjetivo.

– V –

En tales condiciones, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 23 de agosto de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica en la causa Laboratorios Bagó S.A. s/ infracción ley 16.463 –causa N° 4225/99–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, en su nueva intervención en el pleito, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 3 confirmó la sanción de multa que impuso la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) a Laboratorios Bagó S.A. por haber realizado un anuncio al público prohibido por el art. 19, inc. d, de la ley 16.463, y revocó la que, por el mismo hecho, le aplicó al

director técnico de esa firma. Contra este pronunciamiento, la ANMAT interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal para su tratamiento en esta instancia, en tanto controvierten el alcance de la ley federal 16.463 y su reglamentación, y la decisión ha sido contraria a la pretensión que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

3°) Que, para resolver como lo hizo, el *a quo* sostuvo que el art. 3°, ley 16.463 permitía concluir que la solidaridad en la responsabilidad del director técnico para con el laboratorio no comprendía toda la actividad de éste, sino que se hallaba circunscripta al control de la "pureza y legitimidad" de los medicamentos producidos o comercializados. Añadió que tal limitación resultaba absolutamente razonable, "ya que el Director Técnico es responsable, en su calidad de profesional en la materia, de que los productos medicinales que elabora el titular de la autorización cumplan con los parámetros que, en materia de pureza y legitimidad, específicamente establece la ANMAT para la elaboración de cada uno de esos productos, pero no puede serlo sobre decisiones puramente empresariales o de *marketing* que deciden los responsables del laboratorio, de los cuales, de todos modos y en la mayoría de los casos, se encuentra excluido por no ser de su competencia" (fs. 409, considerando 6°).

4°) Que tal conclusión importó soslayar lo previsto en la resolución 1622/84 del ex Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, dictada con el fin de regular la publicidad o propaganda de especialidades medicinales. En este sentido, cabe recordar que mediante dicho acto se reiteró la prohibición legal de realizar toda forma de anuncio al público de productos cuyo expendio hubiera sido autorizado "bajo receta", como el de autos (art. 2° *in fine*); se previó la intervención necesaria del director técnico del laboratorio en el trámite de autorización para la difusión de los medicamentos de "venta libre" –los únicos objeto de publicidad o propaganda–; y se estableció que toda infracción a sus disposiciones haría pasibles "a los titulares del producto publicitado y *al director técnico* de las sanciones previstas en la ley 16.463" (art. 13, énfasis agregado).

5°) Que de tales normas cabe inferir, ha dicho esta Corte, que toda publicidad o propaganda realizada en contraposición a sus términos crea una presunción de responsabilidad en cabeza del director técnico

por tratarse del sujeto al que se le atribuye incumbencia técnica en todo lo referente a la publicidad de los productos, que resulta legítima en tanto las circunstancias fácticas contempladas por la ley la sustenten razonablemente y se acuerde a los procesados oportunidad de defensa y prueba de descargo. Ha expuesto también que "la existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implica desconocer la preciosa garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal" (confr. Fallos: 324:3940 y causa L.534.XXXVII. "Laboratorios Andrómaco S.A. s/ infracción ley 16.463", fallada el 7 de junio de 2005).

6°) Que, en las condiciones expuestas, no cabe sino colegir que el *a quo* ha omitido examinar el contenido de un plexo normativo de directa aplicación al caso, razón por la que corresponde revocar la sentencia apelada. Ello, sin que importe adelantar juicio alguno a su respecto frente a lo argüido por la actora y lo previsto en el segundo párrafo del citado art. 3° de la ley 16.463.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Con costas. 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. Exímese a la recurrente de hacer efectivo el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de acuerdo con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvanse.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

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

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se desestima la queja. Intímese a la recurrente a hacer efectivo 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, tómese nota por Mesa de Entradas, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **la demandada Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, representada por el Dr. Adrián Ernesto Galli Basualdo.**
Tribunal de origen: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico N° 3.**

JORGE DANIEL SINOPOLI

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Estados extranjeros.

Los estados extranjeros y sus representaciones diplomáticas no revisten la calidad de aforados, en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Estados extranjeros.

No es de la competencia originaria de la Corte Suprema la causa en la que según los términos de la denuncia y de la querella resulta damnificada la embajada extranjera, y si, dadas las características de los hechos denunciados, tampoco surge de las constancias obrantes en el expediente que éstos hubieran interferido en la función de dicha representación diplomática.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Agentes diplomáticos y consulares.

La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema en los asuntos concernientes a embajadores extranjeros responde a la necesidad de mantener las

buenas relaciones entre los sujetos de derecho internacional, asegurando a sus representantes diplomáticos acreditados en nuestro país las máximas garantías que, con arreglo a la práctica uniforme de las naciones, debe reconocérseles para el más eficaz cumplimiento de sus funciones (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Estados extranjeros.

Si el art. 117 de la Constitución Nacional (anterior art. 101) tiene como finalidad el resguardo de las buenas relaciones internacionales, no se advierten razones que justifiquen efectuar distingos entre un país y sus representantes, sometiendo al primero a la justicia federal ordinaria, ya que en tanto las relaciones internacionales se hallan involucradas ya sea que el caso concierna al estado extranjero en sí o a sus embajadores, ministros y cónsules, se justifica que en ambas hipótesis actúe la Corte, como cabeza de un poder del Estado y tribunal superior de la justicia nacional (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

El magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 10, con asiento en esta ciudad, declinó su competencia en favor de la originaria de V. E. para conocer en la causa iniciada con la denuncia del embajador de la República de Armenia contra Jorge Daniel Sinopoli.

De los antecedentes agregados al sumario, surge que este último –que se desempeñaba como chofer en esa sede diplomática– se habría apoderado ilegítimamente de sumas de dinero, que le entregaran en distintas oportunidades para abonar diferentes servicios que utiliza la embajada y que habría disimulado tal accionar falsificando los sellos estampados en los recibos de pago. Asimismo, se habría comprobado que sustrajo sumas de dinero tanto de la cuenta corriente como de la caja de ahorro, de las que era titular esa representación, adulterando la firma de la persona autorizada para operarlas.

El magistrado federal fundó su resolución en el hecho de que el embajador se habría constituido como parte en el proceso y en la doctrina de la Corte, acerca de que su jurisdicción originaria procede en

las causas concernientes a delitos perpetrados en perjuicio de diplomáticos extranjeros, si éstos afectan sus funciones o el desempeño de las actividades propias de la representación (fs. 77/78).

Sin embargo, al resultar de los términos de la denuncia y de la querella (ver fs. 1/2 y 33/37), que la damnificada por los delitos imputados a Sinopoli es la embajada, estimo que cabe aplicar al caso la reiterada jurisprudencia de V. E., según la cual, los estados extranjeros y sus representaciones diplomáticas no revisten la calidad de aforados, en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58 (Fallos: 297:167; 305:1148 y 1872; 308:1673; 311:1187 y 2788; 312:2487; 313:213, 397; 323:3593 y 324:3696).

En tal sentido, cabe resaltar que la querella habría sido promovida por mandato de la Embajada de la República de Armenia, en virtud del poder otorgado por Ara Aivazian, embajador extraordinario y plenipotenciario del estado mencionado, en nombre y representación de esa embajada (ver fs. 27/28; 33/37 y 54/55).

Por otra parte, dadas las características de los hechos denunciados, tampoco surge de las constancias obrantes en el expediente que éstos hubieran interferido en la función de esa representación diplomática (Fallos: 304:1495; 306:988; 311:916, 2125; 324:3696, 3853 y E.79, XXXVII *in re* "Embajada de España s/averiguación de intimidación pública" resuelta el 11 de junio del corriente año), por lo que no procedería la competencia originaria de la Corte.

En razón de todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar la declinatoria dispuesta por el juzgado federal. Buenos Aires, 4 de diciembre de 2002. *Luis Santiago González Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

Por los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse en razón

de brevedad, se declara que la presente causa no es de competencia originaria de la Corte, por lo que corresponde remitirla en devolución al juzgado de origen, a sus efectos. Hágase saber y cúmplase.

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

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

Considerando:

Que en el caso resulta de aplicación la doctrina que surge de Fallos: 323:3592 –disidencia de los jueces Fayt, Boggiano y Vázquez– a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara que la presente causa es propia de la competencia originaria de la Corte. Líbrese oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a fin de que, por su intermedio, se requiera la conformidad exigida por el art. 24, inc. 1°, último párrafo del decreto-ley 1285/58.

CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 10.**

MONICA PATRICIA NUÑEZ Y OTROS V. PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

A efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista en el art. 117 de la Cons-

titución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

La calidad de parte de la provincia a los fines de la competencia originaria de la Corte Suprema debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de dicha instancia.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

La Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, según lo previsto en el art. 201 de la Constitución Provincial y el art. 26 de la ley 11.612 –Ley Provincial de Educación–, es un ente autárquico con individualidad jurídica y funcional, que no se identifica con ese Estado local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

El art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Mónica Patricia Núñez, María Julia Blanco y Roberto Núñez, quienes invocan tener su domicilio en la Provincia de Buenos Aires, inter-

pusieron demanda, ante el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 1, contra la Dirección General de Cultura y Educación (Fiscalía de la Provincia de Buenos Aires) y contra el Estado Nacional (Ministerio del Interior – Prefectura Naval Argentina), a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la muerte de su hija y nieta, respectivamente, –Sandra Valeria Itatí Nuñez–, como consecuencia de los disparos producidos por uno de sus compañeros de la Escuela Educación Media 202 Islas Malvinas de Carmen de Patagones, cuando se encontraban en el interior del aula en el horario de clases.

Responsabilizaron a la Dirección General de Cultura y Educación –dado que el colegio, en el que ocurrió el hecho delictivo, depende de ese organismo local– por la conducta en que incurrieron sus subordinados y ante el deber de seguridad que le compete de preservar la integridad física de los alumnos del establecimiento.

También se lo atribuyeron al Estado Nacional, por ser titular del arma utilizada por el menor, cuya guarda estaba a cargo de su padre, quien reviste el cargo de suboficial con jerarquía de ayudante de segunda en la Prefectura Naval Argentina.

Fundaron su pretensión en los arts. 43, 512, 901, 902, 904, 107, 1083, 1107, 1109, 1112, 1113, 1117 y 1122 del Código Civil y en los arts. 1, 2, 12, 13, siguientes y concordantes de la ley 18.398, modificada por las leyes 20.325 y 23.028.

A fs. 81, el Juez Federal, se declaró incompetente para entender en el proceso, de conformidad con el dictamen del Fiscal (v. fs. 80), por considerar que corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resultar demandada una Provincia y el Estado Nacional.

A fs. 85, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A efectos de que una provincia pueda ser tenida como parte y proceda, en consecuencia, la competencia originaria de la Corte prevista

en el art. 117 de la Constitución Nacional, es necesario que ella participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 307:2249; 308:2621; 314:405; 321:2751; 322:2370), pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de esa instancia originaria.

En mérito a lo señalado, entiendo que ese requisito, *prima facie* y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión de competencia bajo examen, no se encuentra cumplido en autos.

En efecto, de los términos de la demanda –a cuya exposición de los hechos se debe estar de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, se desprende que los actores dirigen su pretensión contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires quien, según lo previsto en el art. 201 de la Constitución Provincial y en el art. 26 de la ley N° 11.612 –Ley Provincial de Educación–, es un ente autárquico con individualidad jurídica y funcional, que no se identifica con ese Estado local (Fallos: 316:2705 y sus citas; 323:3542, entre otros).

En consecuencia, al no aparecer la Provincia de Buenos Aires como titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, entiendo que no cabe tenerla como parte sustancial en la litis (Fallos: 317:980; 318:1361).

En tales condiciones y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 312:640; 318:1361; 322:813, entre otros), opino que el pleito resulta ajeno a esta instancia. Buenos Aires, 30 de marzo de 2005. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitirse a fin 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.

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

Nombre de la actora: **Mónica Patricia Núñez, María Julia Blanco y Roberto Núñez.**
Letrado apoderado: Dr. **Rolando Martín Aragón.**
Letrado patrocinante: Dr. **Gustavo R. M. Grasso.**

EL JACARANDA S.A. v. NACION ARGENTINA

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

Es formalmente admisible el recurso ordinario de apelación deducido contra la sentencia que descalificó la que había hecho lugar a la nulidad de acto administrativo y resarcimiento de daños y perjuicios –en virtud de la revocación de la adjudicación de una emisora– y distribuyó las costas en el orden causado, pues ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, del decreto-ley 1285/58, y sus modificaciones, y la resolución de la Corte 1360/91.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio

para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Determinación de la indemnización. Daño material.

En tanto la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Prueba.

Corresponde confirmar la sentencia que –al hacer lugar al resarcimiento de daños y perjuicios por la revocación de la adjudicación de una emisora– no reconoció el lucro cesante, pues la actora nunca explotó la licencia, ni realizó las inversiones imprescindibles para obtener alguna ganancia de la explotación, por lo que no se probó una concreta privación de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la cámara sobre el punto.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Generalidades.

Son infundados los agravios si la recurrente repite los argumentos sostenidos desde la promoción de las demandas, sin ocuparse de rebatir el razonamiento de la cámara mediante una crítica concreta y razonada, tal como lo exige el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

El reconocimiento de los daños y perjuicios en virtud de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos encuentra fundamento en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada y en la igualdad ante la ley y las cargas públicas (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Ante la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Aun cuando la actividad legítima del Estado provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados, pues a diferencia del derecho privado donde rigen criterios de justicia conmutativa, en el derecho público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

La indemnización de los daños y perjuicios derivados de la actividad lícita del Estado tiene que ser dominada científicamente en el ámbito del derecho administrativo, pues las construcciones y las analogías civilísticas no le convienen (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

La circunstancia de que el instituto de la expropiación suponga una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso, no impide la aplicación analógica de la ley de expropiaciones cuando se trata de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos pues, admitida la facultad de la administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Resulta inadecuada la teoría de la responsabilidad civil para fundamentar la procedencia de la responsabilidad estatal por actuación legítima, pues cuando el Estado actúa conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre los actos ilícitos contemplados en las disposiciones civiles (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

Cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados debe ser diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima, pues en el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”.

Considerando:

1°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por su Sala III, hizo lugar a la apelación del Estado Nacional, revocó la sentencia dictada en la primera instancia –que había hecho lugar a la demanda de nulidad de acto administrativo y resarcimiento de daños y perjuicios– y distribuyó las costas del juicio en el orden causado. Contra ese pronunciamiento, la empresa El Jacarandá S.A. interpuso el recurso ordinario de apelación y el recurso extraordinario federal. El primero fue concedido a fs. 377, lo cual motivó la denegación del segundo, de menor amplitud, mediante el auto de fs. 398. El recurso ordinario fue fundado a fs. 404/412 y fue respondido por el Estado Nacional a fs. 415/422 vta.

2°) Que el recurso ordinario de apelación de la parte actora es formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sen-

tencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, del decreto-ley 1285/58, y sus modificaciones, y la resolución de esta Corte 1360/91.

3°) Que por resolución 504 del 16 de septiembre de 1982, el Comité Federal de Radiodifusión dispuso el llamado a concurso público para la explotación –entre otras– de la estación de radiodifusión sonora L.T.14 Radio General Urquiza, de Paraná, Provincia de Entre Ríos. Por decreto 2686 del 14 de octubre de 1983, se adjudicó a El Jacarandá S.A. (en formación) la licencia para la prestación de dicho servicio por el término de quince años. Posteriormente, la adjudicataria concretó su constitución definitiva, solicitó la entrega de la posesión de la emisora y optó, como forma de pago, por la alternativa que permitía un pago en efectivo del 10% y el resto en doce cuotas semestrales. Sin embargo, la entrega no se concretó y surgieron diversas vicisitudes en la relación entre las partes, entre ellas, la denuncia ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a raíz de la posible existencia de vicios insanables en la validez del trámite del concurso, lo cual motivó el dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación del 21 de enero de 1988. El Jacarandá S.A. promovió amparo por mora de la administración, y obtuvo resolución favorable en primera y en segunda instancia, que comportó la condena a la Secretaría de Información Pública a establecer la fecha de entrega de la emisora al adjudicatario. Este pronunciamiento quedó firme y, no obstante, no fue cumplido por la administración.

El 9 de junio de 1994, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 899/94, por el cual dejó sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a L.T.14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná (fs. 169/171 del expediente administrativo 13.104/86). El 23 de abril de 1996, por decreto 442, el Poder Ejecutivo Nacional rechazó el recurso de reconsideración interpuesto contra el decreto 899/94, y dispuso la remisión de las actuaciones a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 de la ley 19.549.

4°) Que la empresa El Jacarandá S.A. promovió dos acciones contra el Estado Nacional, a saber: a) la demanda del 13 de octubre de 1993, de cumplimiento de la adjudicación otorgada por el decreto

2686/83, toma de posesión de la emisora y resarcimiento de daños y perjuicios (expediente 20.508), y b) la demanda de nulidad por ilegitimidad de los decretos 899/94 y 442/96, promovida el 20 de noviembre de 1996 (expte. 32.663). A fs. 39 de esta última causa, la titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 ordenó la acumulación de ambas acciones, las cuales tramitaron por separado y fueron juzgadas en una única sentencia (fs. 308/314 vta.).

5°) Que la cámara *a quo* revocó el fallo de la primera instancia en cuanto había considerado ilegítimo el decreto 899/94 –y su confirmatorio 442/96–, y había ordenado la entrega de la emisora a la adjudicataria. Para así resolver, estimó que el presidente de la Nación, como jefe de la Administración Nacional, gozaba de las facultades previstas en el art. 39, inc. a, de la ley 22.285, y en el art. 18 de la ley 19.549, y que, en consecuencia, podía revocar la adjudicación de la licencia otorgada por el decreto 2686/83 por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

En este orden de ideas, desestimó los planteos de la actora basados en la ilegitimidad de los actos administrativos impugnados y, con sustento en las circunstancias fácticas de la especie –esencialmente la movilización de las fuerzas comunitarias, representantes gremiales, gobernador y legisladores, en oposición a la adjudicación dispuesta como resultado de un concurso realizado a fines de 1983–, la cámara llegó a la conclusión de que la revocación de la adjudicación no era un acto irrazonable sino que, por el contrario, se hallaba justificado por razones políticas de interés general, exentas del control de los magistrados. En cuanto a la indemnización debida, la cámara estimó procedente el resarcimiento del daño emergente, con exclusión del lucro cesante, con fundamento en la doctrina de esta Corte, expresada en Fallos: 312:659 y el dictamen del señor Procurador Fiscal, al que remite el fallo. No obstante esta conclusión, el tribunal *a quo* rechazó la pretensión actora por cuanto El Jacarandá S.A. no había demostrado los gastos afrontados para la adjudicación y efectiva recepción de la emisora, ni los gastos de constitución de la sociedad o de presentación en el proceso de licitación u otros que revistieran el carácter de daño emergente, directamente derivado de la revocación del acto administrativo.

6°) Que los agravios por los cuales la actora pretende la revocación de la sentencia apelada pueden sintetizarse así: a) la cámara ignoró

las circunstancias fácticas que precedieron al dictado del decreto 899/94, en especial las denuncias por irregularidades que habrían existido en el proceso de licitación, que nunca fueron demostradas y que justifican el vicio de falsa causa; por lo demás, las razones de interés público y las fundadas en la disconformidad de la comunidad, no fueron mencionadas en el decreto y su ponderación por la cámara violenta el principio de congruencia; b) la ilegitimidad se configuró, asimismo, por la demora en dar cumplimento a una sentencia judicial firme, y c) aun cuando se aceptara que el marco jurídico aplicable está dado por el art. 18 de la ley 19.549, es erróneo excluir el resarcimiento del daño por lucro cesante, prescindiendo de la doctrina establecida por la Corte relativa al derecho del administrado a una reparación integral, emitida precisamente en una causa con presupuestos fácticos similares al *sub examine*, en donde se debatía la revocación de un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (precedente de Fallos: 306:1409, "Eduardo Sánchez Granel").

7°) Que los dos primeros reproches enunciados en el considerando precedente son infundados pues la recurrente repite los argumentos que ha sostenido desde la promoción de las demandas, sin ocuparse de rebatir el razonamiento de la cámara mediante una crítica concreta y razonada, tal como lo exige el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, las distintas circunstancias enunciadas en los considerandos del decreto 899/94 generaron una oposición cierta en las fuerzas vivas de la comunidad, tal como consta en las actuaciones administrativas, y ese malestar público constituyó el presupuesto fáctico que dio sustento a la decisión de revocación de la adjudicación. Tanto el dictamen de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas de enero de 1988, como el petitorio del gobernador de la Provincia de Entre Ríos y del fiscal del Estado provincial, así como el proyecto de ley presentado por dos diputados nacionales, a los que se agregó la solicitud del secretario general de SUTEP-seccional Paraná y otras fuerzas, todos estos antecedentes configuran un cuadro de opinión pública adversa a la entrega de la licencia adjudicada en los últimos meses del período militar y justifican el ejercicio por parte de la administración de sus facultades de revocación de los actos supuestamente regulares. Es cierto que la administración no profundizó el examen de las supuestas irregularidades, pero esta circunstancia no la priva del ejercicio de las facultades contempladas en el art. 18 de la ley 19.549, que se fundan autónomamente en un cuadro manifiesto de oposición

social. No se trata de sustituir el juicio de mérito u oportunidad, sino sólo de verificar la razonabilidad con que se han ejercido las facultades discrecionales de la administración. En el *sub lite*, la mera repetición en esta instancia de los argumentos rechazados por la cámara conduce a la deserción del recurso por insuficiente fundamentación.

8°) Que El Jacarandá S.A. impugna el fallo por haber prescindido de la doctrina claramente establecida en el precedente "Eduardo Sánchez Granel", publicado en Fallos: 306:1409, en cuanto a la admisión del rubro "lucro cesante" en la composición de la indemnización debida por el Estado.

Cabe recordar que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros).

También ha dicho esta Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina de Fallos: 310:2824). En Fallos: 312:2022, considerando 16, se enfatizó que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

9°) Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el *sub lite*, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409, considerandos 4° y 5°; 316:1335, considerando 20).

Corresponde, pues, analizar la concreta prueba producida en la causa. Tal como ha destacado el tribunal *a quo*, la actora no produjo prueba respecto de gastos afrontados con motivo de su presentación en el proceso de licitación que culminó con el decreto 2686/83, ni adujo

realización de gastos o inversiones para dar comienzo a la explotación de la emisora, ni invocó lesión a su patrimonio directamente provocada por la demora en la toma de posesión. Consta en el expediente administrativo que, según la forma de pago elegida, se comprometía a abonar, en efectivo y a la entrega de la emisora, un 10% del precio y el resto en cuotas semestrales. Es decir, en los hechos, no realizó desembolso alguno en concepto de precio y, si bien debió constituir una garantía de cumplimiento, satisfizo este requisito mediante póliza de seguro de caución, y no abonó la prima correspondiente. Ninguna otra prueba existe en este expediente que permita revertir lo decidido al respecto en la sentencia apelada.

10) Que la producción de la prueba pericial contable se centró en un cálculo abstracto de las utilidades que hubieran debido corresponder a quien explotara la emisora L.T. 14 Radio General Urquiza en un período de tiempo que se extiende del 1° de diciembre de 1983 al 9 de junio de 1994 (fs. 266 vta./267 vta.). Ese cálculo parte de los ingresos de la emisora por facturación de publicidad sobre la base de 18 horas de emisión durante el año 1997 (fs. 266 vta.). Es decir, no existe adecuación del dictamen a las concretas circunstancias económicas del país durante los años que interesan. Tampoco se consideran las inversiones que la adjudicataria hubiera debido realizar antes de poner en marcha la explotación, en atención a la insuficiencia técnica comprobada de las instalaciones.

La realidad es que El Jacarandá S.A. nunca explotó la licencia, nunca realizó las inversiones imprescindibles para obtener alguna ganancia de la explotación y es una mera conjetura suponer que hubiera obtenido una ganancia equivalente al 2,5 % de los ingresos totales registrados en un año determinado que se toma como modelo, una década más tarde (según el criterio del fallo de la primera instancia, considerando 7°, a fs. 314). Por lo demás, en su memorial de fs. 404/412, la parte actora se ha limitado a impugnar la exclusión del rubro “lucro cesante” sin presentar un solo desarrollo sobre los concretos daños que no le habían sido reconocidos en la segunda instancia. En suma, no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la cámara sobre el punto.

Por ello, se declara parcialmente desierto el recurso ordinario de la parte actora en los términos del considerando 7°, y se confirma la

sentencia en lo restante que ha sido materia de agravio. Con costas a la vencida (arts. 266 y 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse los autos.

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

VOTO DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por su Sala III, hizo lugar a la apelación del Estado Nacional, revocó la sentencia dictada en la primera instancia –que había hecho lugar a la demanda de nulidad de acto administrativo y resarcimiento de daños y perjuicios– y distribuyó las costas del juicio en el orden causado. Contra ese pronunciamiento, la empresa El Jacarandá S.A. interpuso el recurso ordinario de apelación y el recurso extraordinario federal. El primero fue concedido a fs. 377, lo cual motivó la denegación del segundo, de menor amplitud, mediante el auto de fs. 398. El recurso ordinario fue fundado a fs. 404/412 y fue respondido por el Estado Nacional a fs. 415/422 vta.

2°) Que el recurso ordinario de apelación de la parte actora es formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, del decreto-ley 1285/58, y sus modificaciones, y la resolución de esta Corte 1360/91.

3°) Que por resolución 504 del 16 de septiembre de 1982, el Comité Federal de Radiodifusión dispuso el llamado a concurso público para la explotación –entre otras– de la estación de radiodifusión sonora L.T.14 Radio General Urquiza, de Paraná, Provincia de Entre Ríos. Por decreto 2686 del 14 de octubre de 1983, se adjudicó a El Jacarandá S.A. (en formación) la licencia para la prestación de dicho servicio por

el término de quince años. Posteriormente, la adjudicataria concretó su constitución definitiva, solicitó la entrega de la posesión de la emisora y optó, como forma de pago, por la alternativa que permitía un pago en efectivo del 10% y el resto en doce cuotas semestrales. Sin embargo, la entrega no se concretó y surgieron diversas vicisitudes en la relación entre las partes, entre ellas, la denuncia ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a raíz de la posible existencia de vicios insanables en la validez del trámite del concurso, lo cual motivó el dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación del 21 de enero de 1988. El Jacarandá S.A. promovió amparo por mora de la administración, y obtuvo resolución favorable en primera y en segunda instancia, que comportó la condena a la Secretaría de Información Pública a establecer la fecha de entrega de la emisora al adjudicatario. Este pronunciamiento quedó firme y, no obstante, no fue cumplido por la administración.

El 9 de junio de 1994, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 899/94, por el cual dejó sin efecto la adjudicación a El Jacarandá S.A. de la explotación de la frecuencia correspondiente a L.T.14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná (fs. 169/171 del expediente administrativo 13.104/86). El 23 de abril de 1996, por decreto 442, el Poder Ejecutivo Nacional rechazó el recurso de reconsideración interpuesto contra el decreto 899/94, y dispuso la remisión de las actuaciones a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 de la ley 19.549.

4°) Que la empresa El Jacarandá S.A. promovió dos acciones contra el Estado Nacional, a saber: a) la demanda del 13 de octubre de 1993, de cumplimiento de la adjudicación otorgada por el decreto 2686/83, toma de posesión de la emisora y resarcimiento de daños y perjuicios (expediente 20.508), y b) la demanda de nulidad por ilegitimidad de los decretos 899/94 y 442/96, promovida el 20 de noviembre de 1996 (expte. 32.663). A fs. 39 de esta última causa, la titular del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 ordenó la acumulación de ambas acciones, las cuales tramitaron por separado y fueron juzgadas en una única sentencia (fs. 308/314 vta.).

5°) Que la cámara *a quo* revocó el fallo de la primera instancia en cuanto había considerado ilegítimo el decreto 899/94 –y su confirmatorio 442/96–, y había ordenado la entrega de la emisora a la adjudi-

cataria. Para así resolver, estimó que el presidente de la Nación, como jefe de la Administración Nacional, gozaba de las facultades previstas en el art. 39, inc. a, de la ley 22.285, y en el art. 18 de la ley 19.549, y que, en consecuencia, podía revocar la adjudicación de la licencia otorgada por el decreto 2686/83 por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

En este orden de ideas, desestimó los planteos de la actora basados en la ilegitimidad de los actos administrativos impugnados y, con sustento en las circunstancias fácticas de la especie –esencialmente la movilización de las fuerzas comunitarias, representantes gremiales, gobernador y legisladores, en oposición a la adjudicación dispuesta como resultado de un concurso realizado a fines de 1983–, la cámara llegó a la conclusión de que la revocación de la adjudicación no era un acto irrazonable sino que, por el contrario, se hallaba justificado por razones políticas de interés general, exentas del control de los magistrados. En cuanto a la indemnización debida, la cámara estimó procedente el resarcimiento del daño emergente, con exclusión del lucro cesante, con fundamento en la doctrina de esta Corte, expresada en Fallos: 312:659 y el dictamen del señor Procurador Fiscal, al que remite el fallo. No obstante esta conclusión, el tribunal *a quo* rechazó la pretensión actora por cuanto El Jacarandá S.A. no había demostrado los gastos afrontados para la adjudicación y efectiva recepción de la emisora, ni los gastos de constitución de la sociedad o de presentación en el proceso de licitación u otros que revistieran el carácter de daño emergente, directamente derivado de la revocación del acto administrativo.

6°) Que los agravios por los cuales la actora pretende la revocación de la sentencia apelada pueden sintetizarse así: a) la cámara ignoró las circunstancias fácticas que precedieron al dictado del decreto 899/94, en especial las denuncias por irregularidades que habrían existido en el proceso de licitación, que nunca fueron demostradas y que justifican el vicio de falsa causa; por lo demás, las razones de interés público y las fundadas en la disconformidad de la comunidad, no fueron mencionadas en el decreto y su ponderación por la cámara violenta el principio de congruencia; b) la ilegitimidad se configuró, asimismo, por la demora en dar cumplimento a una sentencia judicial firme, y c) aun cuando se aceptara que el marco jurídico aplicable está dado por el art. 18 de la ley 19.549, es erróneo excluir el resarcimiento del daño por lucro cesante, prescindiendo de la doctrina establecida

por la Corte relativa al derecho del administrado a una reparación integral, emitida precisamente en una causa con presupuestos fácticos similares al *sub examine*, en donde se debatía la revocación de un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (precedente de Fallos: 306:1409, "Eduardo Sánchez Granel").

7°) Que los dos primeros reproches enunciados en el considerando precedente son infundados pues la recurrente repite los argumentos que ha sostenido desde la promoción de las demandas, sin ocuparse de rebatir el razonamiento de la cámara mediante una crítica concreta y razonada, tal como lo exige el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, las distintas circunstancias enunciadas en los considerandos del decreto 899/94 generaron una oposición cierta en las fuerzas vivas de la comunidad, tal como consta en las actuaciones administrativas, y ese malestar público constituyó el presupuesto fáctico que dio sustento a la decisión de revocación de la adjudicación. Tanto el dictamen de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas de enero de 1988, como el petitorio del gobernador de la Provincia de Entre Ríos y del fiscal del Estado provincial, así como el proyecto de ley presentado por dos diputados nacionales, a los que se agregó la solicitud del secretario general de SUTEP-seccional Paraná y otras fuerzas, todos estos antecedentes configuran un cuadro de opinión pública adversa a la entrega de la licencia adjudicada en los últimos meses del período militar y justifican el ejercicio por parte de la administración de sus facultades de revocación de los actos supuestamente regulares. Es cierto que la administración no profundizó el examen de las supuestas irregularidades, pero esta circunstancia no la priva del ejercicio de las facultades contempladas en el art. 18 de la ley 19.549, que se fundan autónomamente en un cuadro manifiesto de oposición social. No se trata de sustituir el juicio de mérito u oportunidad, sino sólo de verificar la razonabilidad con que se han ejercido las facultades discrecionales de la administración. En el *sub lite*, la mera repetición en esta instancia de los argumentos rechazados por la cámara conduce a la deserción del recurso por insuficiente fundamentación.

8°) Que El Jacarandá S.A. impugna el fallo por haber prescindido de la doctrina establecida en el precedente "Eduardo Sánchez Granel", publicado en Fallos: 306:1409, en cuanto a la admisión del "lucro cesante" en la composición de la indemnización debida por el Estado.

La determinación de la procedencia de este rubro requiere, previamente, establecer si corresponde su reparación cuando se trata –como en el presente– de la actividad lícita de la administración pública que causa perjuicios a los administrados.

9°) Que esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros). Esta doctrina, que encuentra fundamento en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada y en la igualdad ante la ley y las cargas públicas (arts. 14, 17 y 16 de la Constitución Nacional, respectivamente), es plenamente aplicable al caso en estudio.

10) Que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno (doctrina de Fallos: 195:66; 301:403; 306:1409, disidencia de los jueces Caballero y Fayt; dictamen de la señora Procuradora Fiscal, María Graciela Reiriz en Fallos: 312:659, al que esta Corte remitió; 312:2266, voto del juez Fayt, entre otros).

11) Que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Ello así, debido a que la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados (doctrina de Fallos: 301:403; dictamen de la Procuradora Fiscal en Fallos: 312:659, al que esta Corte remitió). A diferencia del derecho privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el derecho público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva (conf. Miguel S. Marienhoff, “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, E.D. 114:949).

La diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre

la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad presentada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución (conf. Eduardo Sotto Kloss, "La contratación administrativa, un retorno a las fuentes clásicas del contrato", Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N° 86, mayo – agosto, 1978, págs. 576 y sgtes.; ver también Ulpiano, Dig. I, 1, 1, 2. "*Ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat. Ius privatum quod ad singulorum utilitatem spectat*").

También en el Código Civil se ha reconocido esta distinción al expresar que sus normas y principios sólo legislan sobre derecho privado (nota al art. 31). Este criterio igualmente surge del art. 2611 en el que se dispone que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público son regidas por el derecho administrativo.

Es por ello que, en supuestos como el de autos, la indemnización tiene que ser dominada científicamente en el ámbito del derecho administrativo. Las construcciones y las analogías civilísticas no le convienen (conf. Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958, págs. 426/427).

12) Que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos, conduce a encontrar la solución en la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija; pues sin esas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir sus funciones (doctrina de Fallos: 301:403; dictamen de la señora Procuradora Fiscal en Fallos: 312:659, al que esta Corte remitió).

En el art. 10 de dicha norma se establece: "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta las circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. **No se pagará el lucro cesante.** Integrarán la indemnización el importe que correspondiese por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses" (el resaltado no pertenece al texto).

Asimismo, el criterio de la exclusión del lucro cesante también ha sido receptado en un vasto conjunto de normas de derecho público. Cabe mencionar, a título de ejemplo, las leyes 12.910 (art. 5), 13.064 (arts. 30, 38 y 54 inc. f), 23.554 (art. 35); el derogado decreto 5720/72 (inc. 88), decretos 436/00 (art. 96), 1023/01 (art. 12, inc. d y las leyes 25.344 (art. 26) y 25.453 (art. 11).

13) Que por aplicación del criterio expuesto, la indemnización en casos como el presente debe ceñirse, en principio, al daño emergente.

14) Que la circunstancia de que el instituto de la expropiación suponga una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso, no impide la aplicación analógica de la ley de expropiaciones a casos como el de autos.

En efecto, admitida la facultad de la administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley. No se advierte una diferencia sustancial entre una actividad lícita del Estado basada en ley y una basada en normas de inferior jerarquía, en un todo de acuerdo con la relación de que se trate.

Lo que caracteriza a todos los supuestos de limitación de la propiedad por razones de interés público (sea por decisión del Congreso o de la administración) es la ausencia de antijuridicidad.

15) Que, finalmente, cabe aclarar que resulta inadecuada la teoría de la responsabilidad civil para fundamentar la procedencia de la responsabilidad estatal por actuación legítima. Cuando el Estado actúa conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre los actos ilícitos contemplados en las disposiciones civiles (conf. Fritz Fleiner, Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de la 8a. edición alemana, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, pág. 235).

Es por ello que, aun de considerarse por vía de hipótesis, aplicables las disposiciones del derecho civil a supuestos de responsabilidad propios del derecho público –tal la derivada del obrar estatal ilícito– tampoco se podría reconocer la indemnización integral a favor del administrado. La actuación lícita del Estado que causa daños constituiría, dentro de este ámbito del derecho privado, un supuesto de ejercicio regular de los derechos (conf. art. 1071 del Código Civil).

16) Que si en el derecho civil el vasto campo del ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad y, aun en el ámbito de la ilicitud existen diferencias –en cuanto a las consecuencias resarcibles– entre los delitos y los cuasidelitos (arts. 903, 904 y 905 del Código Civil), resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático.

17) Que resta, pues, examinar la concreta prueba producida en la causa acerca del pretendido reconocimiento del daño emergente. En tal sentido, como bien lo ha destacado el tribunal *a quo*, la actora no produjo prueba respecto de gastos afrontados con motivo de su presentación en el proceso de licitación que culminó con el decreto 2686/83, ni adujo la realización de gastos e inversiones para dar comienzo a la explotación de la emisora, ni invocó lesión a su patrimonio directamente provocada por la demora en la toma de posesión. Consta en el expediente administrativo que, según la forma de pago elegida, la actora se comprometía a abonar, en efectivo y a la entrega de la emisora, un 10% del precio y el resto en cuotas semestrales. Es decir, en los hechos, no realizó desembolso alguno en concepto de precio y, si bien debió constituir una garantía de cumplimiento, satisfizo este requisito mediante una póliza de seguro de caución, y no abonó la prima correspondiente. Ninguna otra prueba existe en este expediente que permita revertir lo decidido al respecto en la sentencia apelada. Por ello, se declara parcialmente desierto el recurso ordinario de la parte actora en los términos del considerando 7°, y se confirma la sentencia en lo restante que ha sido materia de agravio. Con costas a la vencida (arts. 266 y 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse los autos.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso ordinario interpuesto por el Dr. **Gustavo Víctor Daneri, en representación de El Jacarandá S.A., actora en estos autos**, con el patrocinio de los Dres. **Patricia Susana Manes Marzano y M. Daniel Braga Rosado.**
Funda el recurso ordinario el Dr. **Eduardo Metehikian, en representación de la actora, con el patrocinio letrado de los Dres. Patricia Susana Manes Marzano y M. Daniel Braga Rosado.**
Traslado contestado por el Dr. **Jorge H. Lamacchia, en representación del Estado Nacional.**

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.**

B.N.A. v. PROGRAMA DE DEFENSA DE CONSUMIDOR, COMERCIO Y COOPERATIVAS DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Procede el recurso extraordinario si se encuentra en tela de juicio la inteligencia de la ley 24.240, de naturaleza federal, en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Corresponde tratar la cuestión federal en forma conjunta con los agravios referidos a la arbitrariedad de la sentencia recurrida, sin disociarlos, si ambos aspectos guardan entre sí íntima conexión.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

Si se halla en discusión el alcance que cabe asignar a normas 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 declaratoria sobre el punto disputado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Si bien el art. 45, último párrafo, de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y de regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la ley, la competencia de estas últimas no se extiende a la fiscalización y al control de los órganos del Estado Nacional que, por la materia, están sujetos a la jurisdicción federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

PROVINCIAS.

El poder de policía de los estados provinciales no puede invadir en su ejercicio el campo en que se mueve cualquiera de las facultades exclusivas conferidas o delegadas al gobierno de la Nación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

En la Ley de Defensa al Consumidor la actuación de las autoridades de aplicación nacional en las jurisdicciones provinciales es la regla general, mientras que las facultades de las autoridades locales tienen su fundamento en una expresa habilitación (arts. 42 y 43, último párrafo), conclusión que se infiere de la propia naturaleza de las normas en juego que resultan ser de las denominadas federales en cuanto atribuyen competencia a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación (o un organismo jerárquicamente dependiente) para iniciar las actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a la ley y para aplicar las sanciones que correspondan.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

PROVINCIAS.

Si la sanción impuesta a la sucursal local del Banco de la Nación fue dictada por la autoridad de aplicación de la Provincia de San Luis y la legislación local de procedimientos prevé un plazo de cinco días para recurrir de ella por ante el Poder Judicial (art. 11 de la ley provincial 5163), el recurso interpuesto por el Banco luego de transcurridos esos cinco días resulta extemporáneo (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por las personas. Nación.

El Banco de la Nación, cuando es parte actora, puede optar por la jurisdicción local o federal, a la que tiene derecho (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

PROVINCIAS.

Si el Banco de la Nación entendió que las autoridades provinciales no tenían competencia para aplicarle sanciones administrativas o que tales sanciones formaban parte de una actitud persecutoria, tuvo expedita la jurisdicción federal para solicitar amparo contra esos actos provinciales y si entendió, en cambio que podía cuestionar el ejercicio de las atribuciones provinciales por medio del recurso de apelación contra la decisión administrativa debió seguir los procedimientos contemplados en las leyes provinciales y, eventualmente, acceder a la Corte por recurso extraordinario, pero si siguió el primer camino e intentó tardíamente el segundo, mal puede decirse que se le ha bloqueado o denegado ilegítimamente la jurisdicción federal a la que tiene derecho por el art. 27 de la ley 21.799 (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 81/85, la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza –Sala "B"– desestimó el recurso de queja deducido por el Banco de la Nación Argentina (B.N.A.) contra el acto administrativo del Programa Defensa del Consumidor, Comercio y Cooperativas de la Provincia de San Luis –que había rechazado, por extemporáneo, el recurso de apelación articulado por la entidad financiera– y confirmó la multa de $ 500.000 que le había aplicado por infracción a los arts. 4° y 19 de la Ley de Defensa al Consumidor 24.240 y al decreto nacional 1798/94.

Para así decidir, sus integrantes desestimaron la pretensión del B.N.A. tendiente a que se compute el plazo de 10 días hábiles que establece el artículo 45 de la ley 24.240 para deducir el recurso de apelación, porque entendieron que dicho plazo sólo rige para las sanciones impuestas por la autoridad de aplicación nacional, no así para supuestos como el del *sub lite*, donde la resolución fue dictada por una autoridad provincial y de acuerdo con el procedimiento previsto en la ley local 5163. Expresaron que, en virtud del último párrafo del aludido artículo, las provincias tienen atribuciones para establecer su régimen de procedimiento, que comprenden la facultad de regular la vía recursiva para impugnar las decisiones de sus autoridades.

Por consiguiente, y con apoyo en un precedente de la Corte publicado en Fallos: 324:4349, desestimaron el planteo de incompetencia del B.N.A. sustentado en el art. 27 de su Carta Orgánica –ley 21.799– toda vez que, en su concepto, de acuerdo a las normas provinciales, no había sido articulado en término a fin de evitar su tácito consentimiento y posibilitar que fuera tratado oportunamente.

– II –

Disconforme, el B.N.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 87/94, que fue concedido por el *a quo* a fs. 96/97.

Alega que el pronunciamiento se sustenta en afirmaciones dogmáticas y en fundamentos aparentes, al citar jurisprudencia no apli-

cable al *sub lite* y prescinde de prueba decisiva, además de haberse arrogado el *a quo* el papel de legislador, al desconocer el art. 27 de la ley 21.799, que lo somete exclusivamente a la jurisdicción y competencia federal. En tal sentido, asevera que la sanción que se le impuso es nula de nulidad absoluta, pues fue juzgado y condenado por una autoridad provincial y por un procedimiento local.

Sostiene que, en su caso, la única autoridad competente para aplicar la Ley de Defensa al Consumidor es la administrativa nacional y la Justicia Federal para entender en grado de apelación, sin perjuicio de las facultades concurrentes de las provincias al respecto. Sin embargo, aclara que el ejercicio de tales facultades por parte de los Estados Provinciales cede cuando la ley debe aplicarse a órganos que pertenecen al Estado Nacional y sujetos a normas federales.

– III –

A mi modo de ver, el remedio extraordinario es admisible, toda vez que el *a quo*, al haber omitido pronunciarse sobre la aplicación del art. 27 de la ley 21.799, reclamada por el actor, configura un supuesto de resolución contraria implícita que autoriza la apertura de la vía del art. 14 de la ley 48, habida cuenta del carácter federal de la norma invocada (confr. doctrina de Fallos: 311:95; 324:2650 y 322:1201 y 1341). Por lo demás, se advierte que ha mediado oportuno planteamiento de la cuestión federal y que ella se ha mantenido en el curso del juicio (Fallos: 274:498; 263:529; entre otros).

Asimismo, entiendo que la presente causa se encuentra entre las que alude el art. 3° de la ley 48, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de la ley 24.240, de naturaleza federal, en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ella (Fallos: 324:1740).

Por lo demás, corresponde tratar la cuestión federal en forma conjunta con los agravios referidos a la arbitrariedad de la sentencia recurrida, sin disociarlos, ya que ambos aspectos guardan entre sí íntima conexión (Fallos: 318:567).

– IV –

Sentado lo anterior, es preciso resaltar que, toda vez que se halla en discusión el alcance que cabe asignar a normas 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 declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros), circunstancia que impone examinar la sanción aplicada al actor a la luz de ley 24.240 –en las disposiciones previamente referidas de naturaleza federal–, la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina aprobada por la ley 21.799 y la ley 21.526.

Desde esa perspectiva, considero que deben ser acogidos los agravios dirigidos a cuestionar el pronunciamiento apelado, toda vez que, si bien el art. 45, último párrafo, de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y de regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la ley, a mi juicio, la competencia de estas últimas no se extiende a la fiscalización y al control de los órganos del Estado Nacional que, por la materia, están sujetos a la jurisdicción federal.

En efecto, dicha ley es bien clara al establecer que "*La Secretaría de Industria y Comercio será la autoridad de aplicación de la presente ley.* ***Los gobiernos provinciales*** *y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* ***actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción***" (art. 41, primera parte) (énfasis agregado).

En el caso de autos, la Carta Orgánica aprobada por la ley 21.799 (modificada por su similar 25.299), dispone, expresamente, que el Banco de la Nación Argentina es una entidad autárquica del Estado Nacional, con autonomía presupuestaria y administrativa, se rige por dicha ley y la de entidades financieras y coordina su acción con las políticas económico-financieras del Gobierno nacional (art. 1°) y "...como entidad del Estado Nacional está sometido exclusivamente a la jurisdicción federal" (art. 27).

Por su parte, la Ley de Entidades Financieras 21.526 (modificada por su similar 25.782) establece que el Banco Central de la República

Argentina ejerce la fiscalización de las entidades en ella comprendidas (art. 4°) y que "*La intervención de cualquier otra autoridad queda limitada a los aspectos que no tengan relación con las disposiciones de la presente ley*" (art. 5°).

Desde ese punto de vista, como viene sosteniendo el actor desde la primera oportunidad que tuvo, estimo que no podía ser sancionado por la autoridad provincial y juzgado mediante el procedimiento local, pues la "*prestación de los servicios financieros y/o bancarios*" (confr. acto administrativo de fs. 4/8) no constituían "*hechos sometidos a su jurisdicción*" material, aun cuando se tratara de circunstancias acaecidas en el ámbito territorial de la Provincia. En tal sentido, la autoridad de aplicación en el *sub lite*, no era otra que el Banco Central de la República Argentina, a quien compete controlar los servicios que prestan las entidades financieras. Una interpretación distinta –tal como la que surge de la sentencia impugnada– sería forzar la letra y el espíritu de la ley, sin olvidar que, en este sentido, según la jurisprudencia de la Corte, el poder de policía de los estados provinciales "*no puede invadir en su ejercicio el campo en que se mueve cualquiera de las facultades exclusivas conferidas o delegadas al gobierno de la Nación*" (Fallos: 156:20).

Máxime cuando, a mi modo de ver, en la Ley de Defensa al Consumidor la actuación de las autoridades de aplicación nacional en las jurisdicciones provinciales es la regla general, mientras que las facultades de las autoridades locales tienen su fundamento en una expresa habilitación (v. arts. 42 y 43, último párrafo). Tal conclusión, también, se infiere de la propia naturaleza de las normas en juego que –como se dijo en el acápite anterior– resultan ser de las denominadas "federales" (confr. Fallos: 324:1740 citado) en cuanto atribuyen competencia a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación (o un organismo jerárquicamente dependiente) para iniciar las actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a la ley y para aplicar las sanciones que correspondan.

A mi juicio, en nada obsta a lo expuesto la circunstancia de que los gobiernos locales también instrumenten medidas de fiscalización y que tengan resguardo en las constituciones provinciales, respecto al control sobre los "*hechos sometidos a su jurisdicción*" en materias vinculadas al orden, salubridad y seguridad común, ya que estas cuestiones, como muchas otras atinentes al ejercicio del poder de policía, la Constitución las otorga, de manera concurrente, al Estado Nacional y

a las provincias (arts. 75, inc. 30 y 125 de la Constitución Nacional) y pueden ejercerse conjunta o simultáneamente sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de tal circunstancia derive violación de principio jurídico alguno (Fallos: 315:1013, especialmente considerando 6° del voto del ministro Eduardo Moliné O'Connor), toda vez que tales potestades sólo pueden considerarse inconciliables cuando media una repugnancia efectiva entre una y otra facultad (doctrina de Fallos: 300:402 y 322:2862, entre otros).

Finalmente, no se me escapa que lo sostenido por el *a quo*, apoyado en el precedente del Tribunal publicado en Fallos: 324:4349, en el sentido de que "*No se excedió en sus facultades la provincia ... al disponer (*en su legislación*) que las sanciones administrativas impuestas por la autoridad local serán apelables ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería del lugar donde se cometió la infracción, puesto que, una inteligencia diversa de dicha norma (*art. 45 de la ley 24.240*), importaría avasallar la autonomía de las provincias consagrada en los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional, como así también, desconocer lo dispuesto en el art. 75, inc. 12*", soslaya que dicha circunstancia no se advierte en el *sub lite*, donde, a diferencia de lo allí acontecido, la intervención de las autoridades provinciales no es provocada por hechos de particulares en materias sometidas a su jurisdicción, sino por un organismo del Estado Nacional sujeto a la jurisdicción federal y en ejercicio del poder de policía financiera que compete a otro órgano de este último.

– V –

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 81/85, en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 7 de julio de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "B.N.A. c/ Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Pcia. San Luis s/ apelación ley 24.240".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que cabe remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, de conformidad con el referido dictamen, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA
MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Los hechos y las circunstancias de la causa sometida a la decisión de este Tribunal han sido adecuadamente expuestos en los apartados I y II del dictamen del Procurador Fiscal subrogante, a cuyos términos cabe remitirse por razones de brevedad.

2°) El recurso extraordinario es admisible, pues se ha dirigido contra una sentencia contraria a los derechos que la parte recurrente ha fundado en su interpretación de los artículos 45 de la ley 24.240 y 27 de la ley 21.799, normas éstas de carácter federal.

3°) En primer lugar, cabe señalar que el artículo 45 de la ley 24.240 establece el procedimiento a seguir para la investigación y sanción de infracciones a la referida ley cuando ella es aplicada por la autoridad nacional de aplicación. En ese marco, el plazo de diez días para interponer el recurso de apelación judicial, se refiere a las impugnaciones dirigidas contra las decisiones de esa autoridad federal (párrafos primero y penúltimo). A su vez, los recursos judiciales contra los actos administrativos que dicten las autoridades provinciales, menciona-

das en el artículo 45, último párrafo de la ley 24.240, deben ser presentados en los plazos y demás condiciones establecidos en las leyes provinciales de procedimiento. Esta, además de ser la interpretación literal de la cláusula legal, es la regla que subyace al precedente de Fallos: 324:4349, especialmente 4353, último párrafo, y que gobierna la solución del presente caso en este punto.

4°) La sanción impuesta a la sucursal local del Banco de la Nación ha sido dictada por la autoridad de aplicación de la provincia de San Luis y la legislación local de procedimientos prevé un plazo de cinco días para recurrir de ella por ante el poder judicial (artículo 11 de la ley 5163).

Por lo tanto, si la ley N° 5163 de la provincia de San Luis ha sido válidamente dictada y el plazo establecido en su artículo 11 es aplicable a los actos administrativos dictados en su consecuencia por las autoridades locales, entre los que se encuentra, por supuesto, la Resolución 648-PDCCyC-2002 aquí impugnada, el recurso interpuesto por el Banco luego de transcurridos esos cinco días resulta extemporáneo, tal como, de manera inobjetable, lo ha resuelto la Cámara Federal de Mendoza en lo que la recurrente ha calificado como el principal y único fundamento del fallo. (Sentencia de fojas 81/85, especialmente fojas 84 vta., penúltimo párrafo).

5°) El Banco de la Nación, cuando es parte actora, puede optar por la jurisdicción local o federal, a la que tiene derecho (Fallos: 327:1329). Por lo tanto, si el Banco de la Nación entendió que las autoridades provinciales no tenían competencia para aplicarle sanciones administrativas o que tales sanciones formaban parte de una actitud persecutoria, tuvo expedita, por vía de acción, la jurisdicción federal para solicitar amparo contra esos actos provinciales. Si el Banco entendió, en cambio, que podía cuestionar el ejercicio de las atribuciones provinciales por medio del recurso de apelación contra la decisión administrativa, entonces debió seguir los procedimientos contemplados en las leyes provinciales y, eventualmente, acceder a esta Corte por recurso extraordinario. Como el Banco no siguió el primer camino e intentó tardíamente el segundo, mal puede decirse que se le ha bloqueado o denegado ilegítimamente la jurisdicción federal a la que tiene derecho por el artículo 27 de la ley 21.799.

6°) En relación con la aplicación al caso de la prohibición de interferencia con la actividad de establecimientos federales, establecida en

el artículo 75.30 de la Constitución Nacional, citado por el Procurador General Subrogante en su dictamen, debe decirse que dicho agravio no fue introducido por la recurrente al interponer el remedio federal. Por lo tanto, tampoco esa parte ha demostrado de qué manera causaba un menoscabo incompatible con sus fines la presentación de la apelación contra la resolución provincial en cinco días, como exige la sentencia del *a quo,* en lugar de hacerlo en diez. A ello cabe agregar que la carga de esa demostración corresponde a quien pretende eximirse de cumplir con las leyes provinciales. Este argumento fue decisivo en la sentencia de Fallos: 322:2598 (particularmente el considerando 10°), para desechar el agravio basado en la prohibición de interferencia y en este punto debe guiar también la presente resolución.

Por ello, oído el dictamen del Señor Procurador Fiscal Subrogante se declara improcedente el recurso extraordinario interpuesto. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por la representante del **Banco de la Nación Argentina, Dra. Carolina M. Abdala,** con el patrocinio del Dr. **Pedro V.A. Costanzo** sin réplica atento la ausencia de contraparte.
Tribunal de origen: **Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.**

BANCO MAYO COOPERATIVO LTDO. v. CARLOS PEDRO PAGLIARO Y OTROS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Las sentencias de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos comunes. Subsistencia de los requisitos.

Si la comunicación A-3496 del Banco Central de la República Argentina incorporó a los depósitos efectuados por orden de la justicia, entre los supuestos de excepción a la reprogramación de depósitos establecida en la comunicación A-3467 de dicho organismo y mediante la resolución 668/02 del Ministerio de Economía se eliminaron las restricciones a los importes que podían extraerse de las cuen-

tas a la vista, al haber sido constituido en pesos el depósito judicial, lo decidido en las instancias anteriores no le ocasiona al recurrente gravamen actual, motivo por el cual resulta inoficioso un pronunciamiento de la Corte Suprema.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

Advierto que en el *sub lite* tanto el Superior Tribunal de la Provincia, como los jueces de las diversas instancias que intervinieron en la causa, no se han hecho debido cargo de las cuestiones planteadas por el apelante y, por tanto, los agravios vertidos en el presente recurso guardan sustancial analogía con lo examinado en el dictamen que emití el día 1° de julio del corriente año, en el precedente Y. N° 20, L. XXXIX, autos "Yacuiba S. A. S/ quiebra s/ incidente de extensión a Ismael Olivares y Timbó S. A. C." que en copia se acompaña y cuyos fundamentos doy por reproducidos en cuanto fueren aplicables al *sub judice*.

Por lo expuesto opino que V. E. debe hacer lugar al recurso extraordinario, dejar sin efecto la decisión apelada y mandar se dicte por quien corresponda una nueva sentencia ajustada a derecho. Buenos Aires, 16 de julio de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Banco Mayo Cooperativo Ltdo. c/ Pagliaro, Carlos Pedro y otros s/ ejecución de pesos".

Considerando:

1°) Que según reiterada doctrina de esta Corte, sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (conf. Fallos: 298:33; 304:1649; 312:555, entre muchos otros).

2°) Que la comunicación A-3496 del Banco Central de la República Argentina incorporó a los depósitos efectuados por orden de la justicia, entre los supuestos de excepción a la reprogramación de depósitos establecida en la comunicación A–3467 del mencionado organismo. Asimismo, mediante la resolución 668/02 del Ministerio de Economía se eliminaron las restricciones a los importes que podían extraerse de las cuentas a la vista.

3°) Que, por lo tanto, al haber sido constituido en pesos el depósito judicial obrante en autos, lo decidido en las instancias anteriores, no le ocasiona al recurrente gravamen actual, motivo por el cual resulta inoficioso un pronunciamiento de esta Corte con relación a las mencionadas actuaciones.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta inoficioso el pronunciamiento del Tribunal sobre los agravios expresados por el recurrente. Costas por su orden en razón del modo como se resuelve. Notifíquese y devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco de la Provincia de Buenos Aires** representado por la Dra. **Alicia M. Santoro.**
Traslado contestado por **Banco Mayo Coop. Ltdo.**, representado por el Dr. **Leandro D. Maggio.**
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Primera de Apelación, Sala III de la ciudad de La Plata y Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 22.**

CELULOSA S.A. v. DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente procedente el recurso extraordinario si se encuentra en discusión la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente sustenta en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

En el derecho tributario se consagra la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial, y con carácter supletorio o secundario los que pertenecen al derecho privado (art. 1° de la ley 11.683 –texto ordenado según el decreto 821/98–).

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

El concepto de "leyes impositivas" empleado en la ley 11.683 no excluye a las disposiciones reglamentarias emanadas de los órganos competentes, pues ellas, en la medida que respeten su espíritu, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que la propia ley.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

Una interpretación razonable y discreta del art. 8° de la resolución general de la DGI 2542 conduce a sostener que los "efectos" a los que se refiere no pueden ser otros que la extinción de la obligación tributaria que el contribuyente pretende compensar, de manera que al fijar la norma el momento en el que aquél se produce debe estarse a las disposiciones del ordenamiento tributario, ya que no se presenta un vacío que haga necesario acudir supletoriamente a las soluciones que ofrecería el derecho privado.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

Al no tratarse de un supuesto de compensación de oficio o "automática", si la actora optó discrecionalmente por destinar los saldos a su favor a obtener la compensación autorizada por la ley 11.683 y reglamentada por la resolución general 2542 de la DGI, no puede sustraerse a lo dispuesto por dicha normativa en cuanto al momento a partir del cual el pedido de compensación produce efectos, ni pretender que se asigne al art. 8° de aquel reglamento una interpretación que equivalga a prescindir de su texto.

IMPUESTO: Interpretación de normas impositivas.

El art. 8° de la resolución general 2542 de la DGI determina los efectos de la presentación de una solicitud de compensación pero no de la compensación en sí misma, por lo que admitida la procedencia de la misma, corresponde tener en cuenta que las normas del ordenamiento tributario –ante la falta de una previsión expresa sobre el punto– no excluyen la aplicación del principio básico establecido por el Código Civil (art. 818 *in fine*) en cuanto a que la compensación extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, "desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir" (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 111/113, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (Sala B) confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda que promovió Celulosa Argentina S.A., tendiente a que se declare la nulidad del acto del Jefe de la Región Rosario de la Dirección General Impositiva (DGI), emitido el 23 de enero de 1997, por el que se rechazó el recurso administrativo de apelación que había interpuesto contra la liquidación efectuada por la DGI en concepto de intereses resarcitorios adeudados por el ingreso extemporáneo del saldo de la declaración jurada rectificativa del impuesto al valor agregado correspondiente al período fiscal noviembre de 1993, presentada el 26 de julio de 1996 (v. copia obrante a fs. 5/12).

Para así resolver, el *a quo* recordó que la ley 11.683 permite la compensación de tributos, así como que no hay norma legal que determine el período a considerar en mora, por lo que debe estarse a la remisión al Código Civil que establece el art. 11 de aquel cuerpo normativo.

En tales circunstancias, y en forma coincidente a lo resuelto por la primera juzgadora, entendió que el caso de autos se rige supletoriamente por el art. 818 del C.C., que prevé que la compensación de deudas entre deudor y acreedor extingue la obligación hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir, pues la interpretación contraria –que postula la DGI cuando pretende que los intereses corren desde el vencimiento de la obligación original hasta la presentación de la solicitud de compensación– favorece el enriquecimiento ilegítimo de la demandada, que tuvo a su disposición excedentes de capital después de que se compensaran los créditos a su favor.

– II –

Disconforme, la Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General Impositiva) interpuso el recurso extraordinario de fs. 121/124, que fue concedido a fs. 139 y trae el asunto a conocimiento del Tribunal.

Sostiene, en síntesis, que es arbitraria la interpretación del *a quo* sobre las normas que regulan la compensación de deudas tributarias, aunque –aclara– éste no es el núcleo principal de la cuestión, sino dilucidar desde cuándo produce efectos la presentación de la solicitud de compensación. En este sentido, señala que en autos no se discute la procedencia de la compensación efectuada por el actor, sino sus efectos y, por ello, critica la sentencia cuando pretende aplicar, al *sub lite*, forzadamente las normas del Código Civil cuando existe legislación tributaria específica que la regula, en cuyo ámbito existen normas interpretativas (art. 11 de la ley 11.683), que deben aplicarse en primer lugar para resolver el conflicto.

Desde esta perspectiva, dice, no hay vacío normativo, porque la resolución general (DGI) 2542, dictada conforme a derecho, establece expresamente los efectos de la presentación de la solicitud de compensación. Así, el art. 8° prescribe que aquéllas producirán efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieren observado todos los requisitos exigidos y, en caso contrario, sólo los producirán a partir de la fecha en que se cumplan en su totalidad. Por ello, cuando la Cámara resolvió aplicar el art. 818 del C.C. omitió pronunciarse sobre una cuestión fundamental para la dilucidación de la causa, que había planteado oportunamente, cual es que la jueza de primera instancia declaró que aquella resolución general era ilegítima por variar los efectos de la ley, aun cuando ello no fue postulado por la actora, que no cuestionó su validez constitucional.

Pero, lo más llamativo del caso es que el *a quo* falló en contra de la posición que había adoptado al resolver una causa anterior, donde también se discutían los efectos de la solicitud de compensación y la procedencia de los intereses resarcitorios. Al respecto, transcribió las partes pertinentes de dicha decisión, de donde surgiría que la Cámara acogió su posición en cuanto a que los intereses que se devengan por el ingreso extemporáneo de la obligación tributaria se calculan desde el vencimiento del impuesto hasta la presentación de la solicitud de compensación y justificó este proceder en que recién a partir de ese momento las sumas a compensar comenzaron a coexistir.

– III –

El remedio extraordinario es formalmente admisible, pues en autos se discute la interpretación de normas de naturaleza federal y lo

decidido por el superior tribunal de la causa, en sentencia definitiva, es contrario a la pretensión que la recurrente funda en aquéllas (art. 14, inc. 3° de la ley 48) (doctrina de Fallos: 316:1954, entre otros).

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, cabe tener presente que, si se encuentra en discusión el contenido y alcance de una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del *a quo* sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 324:920; 325:178, 860 y 1038, entre otros).

Ello sentado, es del caso destacar que no existe controversia sobre la compensación efectuada por el contribuyente, como se encargó de señalar la apelante (v. manifestaciones de fs. 123, primer párrafo), sino solamente hasta cuándo deben calcularse los intereses resarcitorios por pagos fuera de término de obligaciones que luego fueron compensadas. Sobre el punto existe coincidencia entre las partes en que aquéllos corren desde el vencimiento general de la obligación pero discrepan sobre la fecha en que deben finalizar, pues mientras el actor sostiene que culminan en los distintos vencimientos de las declaraciones juradas cuyos saldos a favor de libre disponibilidad fueron afectados a la cancelación de la deuda por capital, por el contrario, la DGI pretende que se calculen hasta la presentación de las solicitudes de compensación.

La Corte ha señalado que en materia de interpretación de las leyes tributarias –sustanciales y formales– la exégesis debe efectuarse a través de una razonable y discreta interpretación de los preceptos propios del régimen impositivo y de los principios que los informan con miras a determinar la voluntad legislativa. Si tales fuentes no son decisivas, cabe recurrir a los principios de derecho común, con carácter supletorio posterior (Fallos: 258:149).

Dicha regla metodológica se encuentra legislada en la ley 11.683 (art. 1°, t.o. 1998), que de tal forma, en el terreno tributario, otorga la primacía a los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial y, con carácter supletorio o secundario, de los que pertenecen al derecho privado (Fallos: 304:203, con sus citas, 323:1315).

Sobre tales bases, entonces, corresponde examinar el caso planteado.

La ley 11.683 admite que la compensación, como modo de extinción de las obligaciones tributarias, puede practicarse de oficio por el organismo fiscal o bien a requerimiento del contribuyente, conforme a lo que se deduce de lo dispuesto por los arts. 34 y 35 (t.o. 1978, vigentes al momento de los hechos, cuyos textos corresponden a los arts. 28 y 29 del t.o. 1998).

Así lo reconoció V.E. en Fallos: 312:1239 y, en fecha reciente, también sostuvo que el art. 35 de la ley 11.683 (t.o. 1978), que autoriza a la DGI a compensar los saldos acreedores de los contribuyentes con las deudas o saldos deudores por impuestos, no determina el apartamiento de los presupuestos elementales que el Código Civil establece para que sea posible la compensación entre quienes reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente (B. 574. XXXIII. "Buenos Aires, Provincia de c/ Dirección General Impositiva (D.G.I.) s/ impugnación de acto administrativo", sentencia del 11 de marzo de 2003, con cita de Fallos: 285:44).

Por su parte, la resolución general (DGI) 2542 reglamenta el procedimiento que deben seguir los contribuyentes y responsables para solicitar la compensación de sus obligaciones y, en lo que aquí interesa, dispone que tales solicitudes producirán efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieren observado todos los requisitos exigidos. En caso contrario, sólo producirán efectos a partir de la fecha en que se verifique el cumplimiento total de aquéllos (art. 8°).

En tales condiciones, las normas específicas que regulan el instituto de la compensación nada dicen sobre la aplicación y cálculo de intereses resarcitorios por pago fuera de término, por lo que corresponde recurrir a la disposición general sobre la materia, contenida en el art. 37 de la ley 11.683 (t.o. 1998), que solamente establece que la falta total o parcial de pago de los gravámenes, retenciones, percepciones, anticipos y demás pagos a cuenta, devengará desde los respectivos vencimientos, sin necesidad de interpelación alguna, un interés resarcitorio, sin especificar hasta cuándo corren en supuestos como el de autos.

Pues bien, en este contexto, pienso que la sentencia apelada se ajusta a derecho, pues, ante la falta de previsión legal expresa, de

contenido tributario, que contemple esta situación, recurrió a las disposiciones pertinentes del Código Civil, en cuanto a que la compensación se verifica entre quienes reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, desde el momento en que coexisten las deudas (art. 818), en concordancia con las pautas adoptadas por V.E. en la causa B. 574. XXXIII ya indicada.

Asimismo, no puedo dejar de señalar que dicho criterio se alinea con la razón de ser de los intereses resarcitorios, que no es de naturaleza represiva (Fallos: 323:1315), sino que tiene por objeto retribuir la privación del capital de las sumas adeudadas (arg. de Fallos: 316:762), mientras que, adoptar la posición contraria esgrimida por la apelante, sería asignarle aquel carácter que V.E. le negó y consagrar una situación de enriquecimiento sin causa, pues aquélla tuvo las sumas a su disposición desde el vencimiento de las declaraciones juradas cuyos saldos a favor de libre disponibilidad fueron afectados a la cancelación de la deuda por capital.

Por último, cabe consignar que no obsta a este razonamiento la previsión del art. 8° de la resolución general (DGI) 2542, pues ésta tiene por efecto declarar la extinción de las deudas por compensación, siempre que la DGI lo admita y, en el caso, aquélla no desconoció ni discutió la realizada por la actora.

– V –

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 6 de noviembre de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Celulosa S.A. c/ D.G.I. s/ impugnación acto administrativo”.

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario –Sala B– confirmó la sentencia de la anterior instancia en cuanto hizo lugar a la demanda promovida con el objeto de que se revoque el acto administrativo mediante el cual se liquidó una suma en concepto de intereses resarcitorios por el lapso transcurrido desde el vencimiento general de la obligación correspondiente al impuesto al valor agregado del mes de noviembre de 1993 –que tuvo lugar el 20 de diciembre de ese año– hasta la fecha –26 de julio de 1996– en que el contribuyente solicitó su compensación con saldos a su favor resultantes de las declaraciones juradas del mismo tributo correspondientes a los períodos fiscales de diciembre de 1993, y enero y febrero de 1994.

2°) Que para decidir en el sentido indicado, tras señalar que la ley 11.683 autoriza la compensación de deudas tributarias, juzgó que ante la ausencia de norma legal expresa que determine el período a considerar en mora y la remisión efectuada por el art. 11 de la mencionada ley, resultaba supletoriamente aplicable al caso lo dispuesto por el art. 818 del Código Civil en cuanto prevé que la compensación de deudas entre deudor y acreedor extingue la obligación "... hasta donde alcance la menor desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir". En consecuencia, entendió que asistía razón a la actora en cuanto a que el período de mora –que daba lugar a los intereses– se limitaba al transcurrido desde la fecha del vencimiento general de la obligación hasta el vencimiento de las declaraciones juradas de las que resultaron los saldos a su favor. Agregó que el organismo recaudador tuvo a su disposición desde entonces "excedentes de capital, que luego fueron compensados con crédito a favor del Fisco" por lo que, en su concepto, una interpretación contraria "llegaría a favorecer el enriquecimiento ilegítimo de la demandada" (fs. 112).

3°) Que contra tal sentencia el Fisco Nacional interpuso recurso extraordinario que fue concedido a fs. 139/139 vta. y que resulta formalmente procedente toda vez que se encuentra en discusión la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante sustenta en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

4°) Que el recurrente no discute la procedencia de la compensación sino los efectos que le ha atribuido el *a quo*. Aduce, en lo sustancial, que en lo relativo a ese punto no corresponde la aplicación de las

disposiciones del Código Civil, ya que existe una norma reglamentaria, en el campo del derecho tributario (el art. 8° de la resolución general –DGI– 2542), que contempla expresamente dicha cuestión, cuya validez no ha sido impugnada por la actora.

5°) Que en el derecho tributario ha sido consagrada la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial, y con carácter supletorio o secundario los que pertenecen al derecho privado (art. 1° de la ley 11.683 –texto ordenado según el decreto 821/98– y Fallos: 237:452; 249:189; 280:82; 290:97, entre otros). Al respecto ha señalado el Tribunal que el concepto de "leyes impositivas" empleado en la norma citada no excluye a las disposiciones reglamentarias emanadas de los órganos competentes, pues ellas, en la medida que respeten su espíritu, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que la propia ley (Fallos: 308:682, considerando 6° y sus citas).

6°) Que con relación a las solicitudes de compensación de saldos de impuestos la resolución general (DGI) 2542 establece en su art. 8° que tales solicitudes "producirán efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieren observado todos los requisitos exigidos por esta Resolución General. En caso contrario, sólo producirán efectos a partir de la fecha en que se verifique el cumplimiento total de dichos requisitos".

7°) Que cabe poner de relieve que en el *sub lite* –como ya ha sido señalado– el Fisco Nacional no cuestiona la procedencia de las compensaciones solicitadas por el contribuyente, y que a su vez, éste acepta que tales compensaciones se encuentran reguladas por la mencionada resolución general, tal como expresamente lo manifiesta en el escrito de interposición de la demanda (confr. fs. 16 y 17), sin cuestionar la validez de dicho reglamento. Sin embargo, aduce que los efectos a que alude el art. 8° –precedentemente transcriptos– son de carácter declarativo, "ya que los constitutivos se hallan plasmados en los saldos a favor de esta Empresa, cuya materialidad resulta innegable" (fs. 16 vta.).

8°) Que pese a los argumentos desarrollados por la actora, una interpretación razonable y discreta del mencionado art. 8° conduce a sostener que los "efectos" a los que se refiere no pueden ser otros que la extinción de la obligación tributaria que el contribuyente pretende compensar. De manera que al fijar la norma el momento en el que

aquél se produce –en el caso, desde la presentación de la solicitud respectiva– debe estarse, por las razones antes expuestas, a las disposiciones del ordenamiento tributario, ya que –contrariamente a lo sostenido por el *a quo*– no se presenta un vacío que haga necesario acudir supletoriamente a las soluciones que ofrecería el derecho privado.

9°) Que en orden a ello debe considerarse a mayor abundamiento que –al no tratarse de un supuesto de compensación de oficio o "automática"– si la actora optó discrecionalmente por destinar los saldos a su favor a obtener la compensación autorizada por la ley 11.683 y reglamentada por la resolución general 2542, no puede sustraerse a lo dispuesto por dicha normativa en cuanto al momento a partir del cual el pedido de compensación produce efectos, ni pretender que se asigne al art. 8° de aquel reglamento una interpretación que equivalga a prescindir de su texto (Fallos: 315:2555, entre otros).

10) Que por lo tanto, cabe concluir que la actora sólo canceló el saldo de impuesto en la fecha en que presentó las solicitudes de compensación, por lo que resulta procedente la exigencia de los intereses devengados durante ese lapso por la suma adeudada.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas por su orden por tratarse de una cuestión opinable de derecho (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario –Sala B– confirmó la sentencia de la anterior instancia en cuanto hizo lugar a

la demanda promovida con el objeto de que se revoque el acto administrativo mediante el cual se liquidó e intimó el pago de una suma en concepto de intereses resarcitorios por el lapso transcurrido desde el vencimiento general de la obligación correspondiente al impuesto al valor agregado del mes de noviembre de 1993 –que tuvo lugar el 20 de diciembre de ese año– hasta la fecha –26 de julio de 1996– en que el contribuyente solicitó su compensación con saldos a su favor resultantes de las declaraciones juradas del mismo tributo correspondientes a los períodos fiscales de diciembre de 1993, y enero y febrero de 1994.

2°) Que para decidir en el sentido indicado, tras señalar que la ley 11.683 autoriza la compensación de deudas tributarias, juzgó que ante la ausencia de norma legal expresa que determine el período a considerar en mora y la remisión efectuada por el art. 11 de la mencionada ley, resultaba supletoriamente aplicable al caso lo dispuesto por el art. 818 del Código Civil en cuanto prevé que la compensación de deudas entre deudor y acreedor extingue la obligación "... hasta donde alcance la menor desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir". En consecuencia, entendió que asistía razón a la actora en cuanto a que el período de mora –que daba lugar a los intereses– se limitaba al transcurrido desde la fecha del vencimiento general de la obligación hasta el vencimiento –o presentación– de las declaraciones juradas de las que resultaron los saldos a su favor. Agregó que el organismo recaudador tuvo a su disposición desde entonces "excedentes de capital, que luego fueron compensados con crédito a favor del Fisco" por lo que, en su concepto, una interpretación contraria "llegaría a favorecer el enriquecimiento ilegítimo de la demandada" (fs. 112).

3°) Que contra tal sentencia el Fisco Nacional interpuso recurso extraordinario que fue concedido a fs. 139/139 vta. y que resulta formalmente procedente en tanto se encuentra en discusión la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a las pretensiones que el apelante sustenta en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

4°) Que el recurrente no discute la procedencia de la compensación sino sus efectos. Aduce, en lo sustancial, que en lo relativo a ese punto no corresponde la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil, ya que existe una norma reglamentaria, en el campo del derecho tributario (el art. 8° de la resolución general –DGI– 2542), que contempla expresamente dicha cuestión, cuya validez no ha sido impugnada por la actora.

5°) Que en el derecho tributario ha sido consagrada la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y de los principios de la legislación especial, y con carácter supletorio o secundario los que pertenecen al derecho privado (art. 1° de la ley 11.683 –texto ordenado según el decreto 821/98– y Fallos: 237:452; 249:189; 280:82; 290:97, entre otros). Al respecto ha señalado el Tribunal que el concepto de "leyes impositivas" empleado en la norma citada no excluye a las disposiciones reglamentarias emanadas de los órganos competentes, pues ellas, en la medida que respeten su espíritu, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que la propia ley (Fallos: 308:682, considerando 6° y sus citas).

6°) Que con relación a las solicitudes de compensación de saldos de impuestos la resolución general (DGI) 2542 establece en su art. 8° que tales solicitudes "producirán efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieren observado todos los requisitos exigidos por esta Resolución General. En caso contrario, sólo producirán efectos a partir de la fecha en que se verifique el cumplimiento total de dichos requisitos".

7°) Que cabe poner de relieve que en el *sub lite* –como ya ha sido señalado– el Fisco Nacional no cuestiona la procedencia de las compensaciones solicitadas por el contribuyente, y que a su vez, éste acepta que tales compensaciones se encuentran reguladas por la mencionada resolución general, tal como expresamente lo manifiesta en el escrito de interposición de la demanda (confr. fs. 16 y 17), sin cuestionar la validez de dicho reglamento. Sin embargo, aduce que los efectos a que alude el art. 8° –precedentemente transcriptos– son de carácter declarativo, "ya que los constitutivos se hallan plasmados en los saldos a favor de esta Empresa, cuya materialidad resulta innegable" (fs. 16 vta.).

8°) Que el art. 8° de la resolución general 2542 determina los efectos de la presentación de una solicitud de compensación, pero no de la compensación en sí misma. Es decir, atañe a aspectos formales o de procedimiento que en las circunstancias que se presentan en esta causa no resultan decisivos en tanto no media objeción alguna por parte del Fisco respecto del derecho del contribuyente a cancelar su deuda mediante la compensación pretendida. Por lo tanto, admitida la procedencia de la compensación, y circunscripta como se encuentra la materia en debate a fijar sus efectos o alcances, debe coincidirse con el criterio del *a quo* y del dictamen del señor Procurador General en

cuanto a que las normas del ordenamiento tributario –ante la falta de una previsión expresa sobre el punto– no excluyen la aplicación del principio básico establecido por el Código Civil (art. 818 *in fine*) en cuanto a que la compensación extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, "desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir".

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de dicho recurso. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **la D.G.I.,** representada por la Dra. **María Cristina Sacco.**
Traslado contestado por **Celulosa Arg. S.A.** representada por el Dr. **Alfredo Daniel Garbarini.**
Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.**

CAJA COMPLEMENTARIA PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE v. U.B.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Es formalmente procedente el recurso extraordinario si se puso en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas de carácter federal –leyes 22.804 y 23.646– y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa fue contraria a las pretensiones que la recurrente funda en ellas.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Generalidades.

En la tarea de establecer la inteligencia de normas de carácter federal, 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.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

LEY: Vigencia.

Al no contener la ley 23.646 alguna norma vinculada con su validez intertemporal, se impone el principio según el cual, cuando en una ley se ha optado por omitir toda referencia al respecto, los hechos anteriores a su vigencia deben quedar sometidos a los preceptos legales imperantes en el momento en que se produjeron, ya que, en esas condiciones, el nuevo ordenamiento no tiene efecto retroactivo, no se proyecta hacia atrás en el tiempo, ni altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos y actos realizados, pues de lo contrario podría afectar derechos adquiridos (Voto de la mayoría, al que no adhirió la Dra. Carmen M. Argibay).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JUBILACION Y PENSION.

Si mediante el convenio suscripto por la UBA el 18 de octubre de 1983 se incorporó a sus docentes al régimen complementario de jubilaciones y pensiones que, según la ley que lo instituyó, es obligatorio para quienes se encuentran comprendidos y a tal carácter se añade que del texto de la ley 23.646 no surge que la voluntad del legislador estuviera orientada a producir la caducidad de los convenios ya celebrados por la Caja Complementaria, no parece razonable concluir que la modificación introducida al art. 32 de la ley 22.804 le ha quitado sustento al acto suscripto al amparo de la legislación anterior.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JUBILACION Y PENSION.

El art. 19, inc. b) de la ley 22.804 dispone, entre otras funciones, atribuciones y deberes, que el Consejo de Administración de la Caja Complementaria debe resolver lo concerniente a la inclusión de personas en carácter de afiliados y beneficiarios, lo cual implica –en virtud del principio de paralelismo de las formas– que dicho órgano es el competente para decidir las solicitudes de desafiliación que presenten los docentes interesados.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JUBILACION Y PENSION.

Desde el momento en que comenzó la vigencia del convenio suscripto en octubre de 1983, la UBA quedó sometida al régimen legal que decidió adoptar en beneficio de sus docentes y, por lo tanto, se encuentra obligada a cumplir las disposiciones que lo integran en su totalidad, sin posibilidad de sustraerse de aquellas que la perjudican o le resultan inconvenientes.
–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– revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda interpuesta por la Caja Complementaria para la Actividad Docente contra la Universidad de Buenos Aires (UBA, en adelante) con objeto de obtener que se declare la nulidad de la Resolución N° 2754/95 del Consejo Superior y de la N° 519/95, dictada por el Rector de esa institución educativa, por la cual denunció el convenio suscripto entre ambas con el fin de incorporar a los docentes de la segunda al régimen complementario de previsión.

Para así decidir, luego de efectuar una reseña de las normas en juego, el tribunal consideró que la UBA, como persona pública estatal con autonomía y autarquía, cuenta con la potestad de revocar el contrato administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En cuanto a la Resolución N° 2754/95 del Consejo Superior, sostuvo que si la UBA era competente para suscribir el convenio en los términos del art. 32 de la ley 22.804, también lo era para decidir su revocación. Agregó que el acto citado no contenía vicios en la causa porque se basó en la modificación introducida por la ley 23.646, ni tampoco en la motivación, porque las razones que aduce parecen apropiadas para sustentar lo decidido.

– II –

Disconforme, la actora interpuso recurso extraordinario a fs. 283/292, con fundamento en que la sentencia es arbitraria y que el tribunal se arrogó “el papel de legislador”. Explica el funcionamiento del sistema previsional, así como los antecedentes de la ley 22.804 y destaca que, a los efectos de resolver la cuestión planteada, son aplicables los principios y criterios propios del ámbito de la seguridad social.

Sostiene que el convenio suscripto entre la Caja y la UBA, no es un contrato administrativo –puesto que su objeto no está vinculado

directa o indirectamente con las funciones y actividades académicas propias de la universidad– sino que está regido por el derecho previsional, naturaleza que deriva de la ley mencionada, cuyas disposiciones fijaron el marco a la relación entre las partes, que impide que los entes públicos la extingan una vez estructurada. Máxime, cuando el convenio, por voluntad de las partes, es de duración ilimitada en el tiempo y es inadmisible la denuncia unilateral dispuesta por la UBA, pues amenaza directamente el objeto del convenio y altera su estructura y finalidad, además de ser incompatible con su naturaleza y modalidad y con el régimen jurídico al que se halla sujeto.

Por otra parte, señala que ya se acordaron numerosos beneficios a jubilados que acreditaron servicios docentes prestados en el ámbito de la UBA, quienes tienen un derecho adquirido a gozar de las prestaciones complementarias, que continúan abonándose pese a que la UBA dejó de efectuar las retenciones por los correspondientes aportes.

Expresa que la Cámara aplica en forma parcial la ley 23.646 e incurre en una afirmación dogmática al considerar que la Resolución N° 2754/95 del Consejo Superior de la UBA encuentra sustento suficiente en la modificación introducida al art. 32 de la ley 22.804, que habilita expresamente a la Caja a celebrar convenios con las universidades nacionales para la incorporación al régimen complementario. Con base en dicha circunstancia y en la nueva redacción del art. 2° de esta ley, concluye que el convenio suscripto en 1983 mantiene inalterable su vigencia así como el carácter obligatorio de la afiliación de los docentes de la UBA y destaca que el acto dictado por ésta carece de causa y motivación suficiente.

Por último, aduce que el tribunal omitió pronunciarse acerca de la Resolución N° 519/95, dictada por el Rector de la UBA, cuya nulidad había oportunamente invocado la actora con fundamento en que el art. 19 de la ley 22.804 asigna tal atribución a la Caja en forma exclusiva y excluyente.

– III –

Considero que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas de carácter federal –leyes 22.804 y 23.646–

y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que la apelante funda en ellas.

– IV –

En cuanto al fondo del asunto, ante todo, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de dicha índole, 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.

Ello sentado, cabe señalar que la ley 22.804 instituyó con alcance nacional el régimen complementario de jubilaciones y pensiones para la actividad docente y para el personal no docente del Ministerio de Educación, con la finalidad de otorgar un complemento del haber mensual que perciben los jubilados y pensionados beneficiarios (v. arts. 1° y 3°). En lo que aquí interesa, el antiguo texto de su art. 32, 2° párrafo, prescribía que el Poder Ejecutivo Nacional "podrá autorizar a la Caja Complementaria a celebrar convenios con organismos nacionales, provinciales, municipales y privados para hacer extensivo el régimen propiciado al personal docente y no docente vinculado a la enseñanza". Concordantemente, el decreto reglamentario 1419/83 previó de modo expreso la incorporación del personal docente y no docente de las universidades nacionales y brindó sustento al convenio suscripto el 18 de octubre de 1983, en virtud del cual el personal dependiente de la UBA comprendido en la ley 22.207 y en el Estatuto del Docente (ley 14.473) quedó incorporado, a partir del 1° de noviembre de 1983, al régimen complementario de jubilaciones y pensiones (v. fs. 21/25).

Posteriormente, la ley 23.646 modificó, entre otros, dicho art. 32 y, aun cuando permanece la facultad que antes se mencionaba, reemplazó la palabra "organismos" por "organizaciones", circunstancia que condujo al Consejo Superior de la UBA a interpretar que los convenios sólo podían ser celebrados con entidades gremiales y que, por ende, el que se había suscripto con la UBA carecía de sustento, motivo por el cual lo denunció (v. considerando 2° de la Resolución N° 2754/95, copia obrante a fs. 20).

A mi modo de ver, sin perjuicio de las razonables dudas que pudiera originar la nueva redacción del art. 32 acerca de los entes con los

cuales la Caja Complementaria puede suscribir convenios –ya que el decreto reglamentario 54/89 reitera la terminología anterior al hablar de "organismos" y no de "organizaciones"– lo relevante en el *sub lite* es que la Cámara, al considerar que la citada reforma al art. 32 de la ley 22.804 otorga fundamento suficiente a la decisión adoptada por la UBA mediante la Resolución N° 2754/95, en los hechos le atribuyó un alcance retroactivo que no surge de sus términos, sin que pueda presumirse tal efecto en virtud de que el art. 3° del Código Civil establece que las leyes "No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario" (Fallos: 318:63). Ello es así, pues, al no contener la ley 23.646 alguna norma vinculada con su validez intertemporal, se impone el principio según el cual, cuando en una ley se ha optado por omitir toda referencia al respecto, los hechos anteriores a su vigencia deben quedar sometidos a los preceptos legales imperantes en el momento en que se produjeron, ya que, en esas condiciones, el nuevo ordenamiento no tiene efecto retroactivo, no se proyecta hacia atrás en el tiempo, ni altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos y actos realizados, pues de lo contrario podría afectar derechos adquiridos (Fallos: 314:481; 320:1796; 321:532, entre otros).

En la especie, mediante el convenio suscripto por la UBA el 18 de octubre de 1983 se incorporó a sus docentes al régimen complementario de jubilaciones y pensiones que, según la ley que lo instituyó, es obligatorio para quienes se encuentran comprendidos. Si a tal carácter –coherente, por lo demás, con todo el sistema de seguridad social– se añade que del texto de la ley 23.646 no surge que la voluntad del legislador estuviera orientada a producir la caducidad de los convenios ya celebrados por la Caja Complementaria, no parece razonable concluir que la modificación introducida al art. 32 de la ley 22.804 le ha quitado sustento al acto suscripto al amparo de la legislación anterior. En ese contexto, tampoco resulta admisible fundar la decisión unilateral de denunciarlo en razones de seguridad jurídica, principio que, precisamente, pone en peligro la interpretación que aducen las autoridades universitarias, pues eventualmente se podrían afectar derechos adquiridos de índole previsional. Máxime, cuando el nuevo texto del art. 2° de la ley 22.804, menciona, entre quienes se encuentran obligatoriamente incluidos en el régimen, a "Los docentes que se incorporen en virtud de los convenios a que se refiere el art. 32 de esta ley".

En segundo lugar, estimo que asiste razón a la apelante acerca de la nulidad de la Resolución N° 519/95 –dictada por el Rector de la

UBA– que hizo lugar al pedido de cuatro docentes en cuanto al cese de retribución de sus aportes a la Caja Complementaria y se autorizó su desafiliación. Al respecto, son aplicables las consideraciones antes expuestas, en tanto los motivos invocados para dictarla son similares a los que pretendieron fundar la Resolución N° 2754/95. A ello cabe añadir que el art. 19, inc. b) de la ley 22.804 dispone, entre otras funciones, atribuciones y deberes, que el Consejo de Administración de la Caja Complementaria debe resolver lo concerniente a la inclusión de personas en carácter de afiliados y beneficiarios, lo cual implica –en virtud del principio de paralelismo de las formas– que dicho órgano es el competente para decidir las solicitudes de desafiliación que presenten los docentes interesados. Desde el momento en que comenzó la vigencia del convenio suscripto en octubre de 1983, la UBA quedó sometida al régimen legal que decidió adoptar en beneficio de sus docentes y, por lo tanto, se encuentra obligada a cumplir las disposiciones que lo integran en su totalidad, sin posibilidad de sustraerse de aquellas que la perjudican o le resultan inconvenientes.

– V –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de aquél. Buenos Aires, 30 de marzo de 2004. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Caja Complementaria para la Actividad Docente c/ U.B.A. –resol. 2754/95– s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara procedente 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 medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Adhiero al dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, con excepción del capítulo IV, cuarto párrafo.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante en los términos que anteceden, se declara procedente 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 medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Caja Complementaria para la Actividad Docente, actora en autos**, representada por su letrado apoderado, Dr. **Marcelo Blousson.**
Contesta traslado: **La Universidad de Buenos Aires, demandada en autos,** representada por la Dra. **Marta Laura Navas.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II.**
Tribunales anteriores: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4.**

CEFERINO LANDA Y OTRA

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Carece de la adecuada fundamentación exigida por el art. 15 de la ley 48 el recurso extraordinario en el que se plantea la naturaleza instantánea de los delitos de sustracción de un menor de diez años (art. 146 del Código Penal) y de supresión de estado civil, si los recurrentes no fueron condenados por esos delitos sino por el de retención y ocultamiento de un menor de diez años.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Introducción de la cuestión federal. Oportunidad. Planteamiento en el escrito de interposición del recurso extraordinario.

Es extemporáneo y carece de relación con el objeto del proceso el agravio fundado en la aplicación retroactiva de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para fundamentar el carácter permanente del delito de sustracción de un menor de diez años y su imprescriptibilidad, así como la invocación del art. 118 de la Constitución Nacional en cuanto a la recepción del derecho de gentes, pues el fallo del tribunal de juicio –lo mismo que la resolución de la Cámara de Casación, materia de impugnación– no se sustentó en ninguno de esos antecedentes normativos sino única y exclusivamente en el art. 146 del Código Penal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Introducción de la cuestión federal. Oportunidad. Planteamiento en el escrito de interposición del recurso extraordinario.

Es extemporáneo, en tanto no fue planteado durante el debate ante el tribunal del juicio, y por remitir al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, el agravio relativo al momento en el que el imputado habría perdido el dominio del hecho, sin perjuicio de señalar que a esta argumentación se opone la aceptación de los hechos establecidos en la sentencia que hizo la defensa al interponer su recurso de casación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

El agravio fundado en no haber considerado de oficio los jueces que conformaron la mayoría la eventual prescripción de la acción en función de la tesis sostenida por la minoría del tribunal acerca del momento en que el delito previsto en el

art. 146 del Código Penal cesa de cometerse se refiere a cuestiones vinculadas a la inteligencia de normas de derecho común, materia ésta que, por regla, resulta ajena a la competencia de la Corte Suprema cuando conoce por la vía extraordinaria.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Improcedencia del recurso.

Corresponde rechazar la tacha de arbitrariedad por presunto apartamiento del criterio de la Corte en un precedente anterior, si las diferencias sustanciales que exhiben ambos casos resultan determinantes para rechazar el planteo de la recurrente, quien sólo se ha limitado a invocar dogmáticamente su aplicación.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

Definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna, por lo que corresponde aplicar la redacción del art. 146 del Código Penal, según texto de la ley 11.179, pues la aplicación de la ley 24.410 efectuada por el *a quo*, resulta violatoria del principio de irretroactividad de la ley penal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y E. Raúl Zaffaroni).
–Del precedente "Jofré, Teodora", al que remitió la disidencia–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de esta ciudad, con fecha 5 de julio de 2001, condenó a Ceferino Landa a la pena de nueve años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta y demás accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de retención y ocultamiento de una menor de diez años, falsedad ideológica de instrumento público, falsedad ideológica de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas y como partícipe necesario de falsedad ideológica de instrumento público, todos ellos en con-

curso real entre sí (artículos 45, 55, 146 y 293 del Código Penal), y a Mercedes Beatriz Moreira a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta y demás accesorias legales y costas, por considerarla coautora del delito de retención y ocultamiento de una menor de diez años (artículos 45 y 146 del Código Penal).

A fin de lograr una mayor claridad expositiva, estimo conveniente precisar, aunque más no sea someramente, los aspectos fácticos sustanciales del caso en el que he sido llamado a pronunciarme. Sobre la base de la prueba producida e incorporada en la audiencia de debate, el tribunal consideró probado que los imputados habían retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete desde fines de 1978 hasta el 10 de febrero de 2000, fecha en la que quedó develado el hecho y ésta tomó conocimiento de su verdadera identidad. Asimismo, tuvo por acreditado que Ceferino Landa proporcionó los datos necesarios para que se le extendiera un certificado de nacimiento ideológicamente falso y, luego, munido de ese instrumento, inscribió a la niña como hija biológica en el Registro Civil y gestionó y obtuvo el correspondiente documento nacional de identidad a nombre de Mercedes Beatriz Landa.

Recurrida la sentencia por la asistencia técnica de Landa y Moreira ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la Sala IV de ese tribunal resolvió, por mayoría, no hacer lugar al recurso de casación (fs. 1668/1676).

Los magistrados que conformaron el voto mayoritario señalaron que el tribunal de juicio había resuelto la cuestión relativa al momento en que cesa el delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años (artículo 146 del Código Penal) en forma contraria a la posición de la defensa, y había establecido que ello había ocurrido en el caso el 10 de febrero de 2000, sin que esas precisiones fácticas y jurídicas hubieran sido cuestionadas por la asistencia técnica a través del recurso de casación interpuesto. Por consiguiente, sostuvieron que, con sujeción a lo que había sido materia de agravio, la cuestión a resolver se limitaba a determinar si la escala penal del artículo 146, aplicable al caso, era la que estaba vigente en el momento en que se inició el ocultamiento (3 a 10 años) o la más gravosa que la ley 24.410 estableció en el año 1995 para dicha figura (5 a 15 años). Y, por los fundamentos que allí expresaron, concluyeron que resultaba correcta la aplicación de las previsiones de la ley 24.410 que había hecho el tribunal de juicio.

En cambio, la jueza que votó en minoría consideró que la acción penal se hallaba prescripta, y así correspondía declararlo, pues el delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años imputado al matrimonio Landa-Moreira había cesado de cometerse cuando Claudia Victoria Poblete cumplió diez años (25 de marzo de 1988), de modo que para la fecha en que se los convocó a prestar declaración indagatoria (10 de febrero de 2000) había transcurrido el término establecido por el artículo 62, inciso 2°, del Código Penal, sin que se hubiese producido durante ese lapso causal de interrupción o suspensión alguna.

Contra este pronunciamiento la defensa interpuso entonces el recurso extraordinario (fs. 1680/1698) que fue concedido a fs. 1708/1709.

– II –

La apelante se agravia de que los magistrados que conformaron el voto mayoritario se hayan ceñido a los agravios que sustentaron el recurso de casación y no hayan considerado de oficio la eventual extinción de la acción por prescripción.

Sostiene que en un precedente que estima análogo al presente (Fallos: 318:2481) V.E. resolvió que la prescripción de la acción penal debía ser resuelta previamente a toda otra cuestión, incluso de oficio, y declaró prescripta la acción correspondiente a los delitos previstos en el artículo 139, inciso 2°, y 146 del Código Penal, por considerar que se trataba de delitos instantáneos. A partir de ello concluye que, al resolver como lo hicieron, los jueces se apartaron, sin dar fundamentos, del criterio establecido por V.E. en ese precedente, lo cual determina que la sentencia deba ser descalificada por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Al respecto, luego de extensa exposición teórica, con cita de doctrina nacional, tendiente a demostrar el carácter instantáneo del delito de sustracción de un menor de diez años, señala que al haber ocurrido el hecho por el que fueron condenados Landa y Moreira durante el año 1978, la acción penal se habría extinguido.

En este mismo orden de ideas, objeta la pretensión de fundar la imprescriptibilidad del hecho imputado a sus defendidos en el delito de desaparición forzada de personas, previsto en la convención interamericana sobre la materia, aprobada por ley 24.556 y elevada a

rango constitucional por la ley 24.820, pues sostiene que el legislador nacional no ha cumplido aún el compromiso asumido en ese instrumento internacional de tipificar internamente ese delito y establecer una pena apropiada. A ello añade que tampoco resulta admisible, desde el punto de vista del principio de legalidad material, la creación judicial de un nuevo delito mediante la combinación del tipo del artículo 146 del Código Penal con caracteres y atributos del delito de desaparición forzada, y alega que ese vicio afecta a la condena que se impuso a Landa y a Moreira, pues desde la perspectiva de ese fallo "la consumación del delito de sustracción de menores de diez años se extiende en el tiempo, mientras el autor no de información sobre el paradero del menor sustraído". Sentado ello, y en línea con lo anterior, expresa que a ese elemento que no figura en la descripción del artículo 146, se lo incorpora a partir de una ley programática posterior a los hechos materia de juzgamiento (la citada convención), sin reparar en la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal. Por último, afirma que, por vía de la aplicación retroactiva de la mencionada ley 24.556, se interpreta *in malam partem* que los delitos tipificados en los artículos 139, inciso 2°, y 146 del Código Penal son imprescriptibles, omitiendo considerar que la propia Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en el párrafo segundo de su artículo VII, admite que una norma de carácter fundamental impida la imprescriptibilidad, tal como ocurre, a su juicio, en virtud del principio de irretroactividad contenido en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Supletoriamente, sostiene que, aun cuando no se considerase que la sustracción de un menor de diez años es un delito instantáneo, de todos modos su comisión habría cesado cuando la víctima cumplió los diez años de edad, en el año 1988, de modo que también desde esta perspectiva la acción penal habría prescripto al haber transcurrido desde esa fecha el plazo legal previsto sin que mediara acto de suspensión y interrupción alguno.

A todo ello agrega, también subsidiariamente, que incluso si no se compartiera los argumentos anteriores, habría que concluir igualmente que la acción penal correspondiente al delito previsto en el artículo 146 de la ley de fondo, que fue materia de condena, se halla prescripta, pues Landa habría perdido el codominio del hecho a partir de 1979, cuando se retiró del Ejercito, por lo que esa fecha marcaría el *dies a*

quo a partir del cual habría corrido el plazo de diez años necesario para que operara la prescripción.

Seguidamente, cuestiona también la invocación que pudiera hacerse del artículo 118 de la Constitución Nacional, a propósito de la recepción del derecho de gentes en el orden jurídico interno, para considerar imprescriptibles las conductas que fueron objeto de juzgamiento, y se explaya largamente acerca de las razones que, en su opinión, se opondrían a ello.

Por lo demás, afirma que "el otro delito cuya coautoría mediata se atribuye a Landa y a Moreira es el tipificado en el artículo 139, inciso 2do. C. Penal, anterior a la reforma introducida por la ley 24.410" y, luego de traer en su apoyo citas doctrinarias relativas a que se trataría también de un delito instantáneo, le imputa a los magistrados haberle conferido carácter permanente a partir de considerarlo el modo por el cual se mantuvo la ocultación de Claudia Victoria Poblete. Como conclusión, y esencialmente sobre la base de las razones que ya había expuesto en relación al anterior delito, sostiene que la acción penal también en este caso habría prescripto.

Por fin, antes de ingresar al petitorio, formula fugazmente una última impugnación con base en la doctrina de la arbitrariedad, aduciendo que la sentencia no satisface la exigencia de adecuada fundamentación, omite el examen de planteos serios de su parte y por carecer de fundamento normativo, al haber el *a quo* asumido la función de legislador e incurrido en una interpretación irrazonable de la norma aplicable al caso.

– III –

A mi modo de ver, el recurso extraordinario de fs. 1680/1698 es improcedente. Ello lo considero así, en primer lugar, pues el escrito que lo contiene adolece de graves defectos de argumentación que lo descalifica desde la perspectiva de la exigencia de adecuada fundamentación que prescribe el artículo 15 de la ley 48 (Fallos: 310:1465).

Así, la recurrente discurre extensamente acerca de la naturaleza instantánea del delito de sustracción de un menor de diez años, previsto en el artículo 146 del Código Penal, pero lo cierto –y más allá de

que se trata de temas de derecho común– es que Landa y Moreira no fueron condenados por ese delito, sino por el de retención y ocultamiento de un menor de diez años, también contemplado en ese precepto, cuyo carácter permanente ni siquiera la apelante cuestiona y, antes bien, reconoce expresamente a fs. 1687vta. de su escrito. Lo mismo sucede con el delito de supresión de estado civil, respecto del cual también defiende su carácter instantáneo y postula que se halla prescripto, no obstante que sus asistidos tampoco fueron condenados por ese delito. Por el contrario, el tribunal de juicio expresamente descartó esa figura por considerar que no advertía en el comportamiento de Landa el propósito de causar perjuicio que requiere el tipo en su faz subjetiva (fs. 1538vta.).

También objeta la aplicación retroactiva de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para fundamentar el carácter permanente del delito de sustracción de un menor de diez años y su imprescriptibilidad, así como la invocación que pudiere hacerse del artículo 118 de la Constitución Nacional en cuanto a la recepción del derecho de gentes, y se explaya largamente al respecto. Pero lo cierto es que el fallo del tribunal de juicio no se sustentó en ninguno de esos antecedentes normativos, más aun ni siquiera se hizo mención de norma o categoría algunas del derecho internacional. Muy por el contrario, la lectura de la sentencia de fs. 1529/1541 revela, con toda claridad, que la condena por ese hecho se sustentó única y exclusivamente en el artículo 146 del Código Penal, que los magistrados juzgaron cometido por el matrimonio Landa-Moreira al haber retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete desde fines de 1978 hasta el 10 de febrero de 2000.

Todo lo que acabo de expresar es aplicable también a la resolución del *a quo* que es, en definitiva, materia de impugnación. Ya en la reseña de los antecedentes del caso, al iniciar este dictamen, se señaló que los magistrados que conformaron la mayoría se limitaron a pronunciarse estrictamente sobre la cuestión que había sido materia del recurso de casación, a saber, si correspondía aplicar en el *sub lite* la escala penal (3 a 10 años) vigente al momento de tener comienzo la acción o la más grave (5 a 15 años) introducida en el año 1995 por la ley 24.410. Por lo tanto, tampoco en el fallo del *a quo* fueron introducidas las cuestiones relativas a los delitos de sustracción de un menor de diez años, supresión de estado civil, desaparición forzada de personas, y a la imprescriptibilidad de éste último por las que la impugnante ahora se agravia.

De todo ello se colige, por consiguiente, que la apelante pretende traer a debate en esta instancia extraordinaria nuevos cuestionamientos que, además de extemporáneos (Fallos: 312:2340) y ajenos a la competencia de V.E. (Fallos: 307:162), ninguna relación guardan con el objeto del proceso.

También por extemporáneo, en tanto no fue planteado durante el debate ante el tribunal del juicio, y por remitir al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, debe rechazarse asimismo el agravio relativo al momento en el que Landa, a juicio de la recurrente, habría perdido el dominio del hecho, sin perjuicio de señalar que a esta argumentación se opone la aceptación de los hechos establecidos en la sentencia que hizo la defensa al interponer su recurso de casación. Es que en ese escrito la propia apelante concedió, y ya no cuestionó, que la retención y ocultamiento duró "desde el momento inicial, a fines de 1978, hasta el de su cesación, en febrero de 2000" (cf. fs. 1558).

Considero, asimismo, que el recurso es inadmisible en tanto en él se tacha de arbitrario el pronunciamiento impugnado por no haber considerado de oficio los jueces que conformaron la mayoría la eventual prescripción de la acción en función de la tesis sostenida por la minoría del tribunal acerca del momento en que el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal cesa de cometerse.

Ello lo entiendo así, pues la compulsa del expediente revela, una vez más, que ese argumento no fue introducido oportunamente, ya que el escrito que contiene el recurso de casación (fs. 1557/1561) ninguna alusión se hizo a esa tesis, ni tampoco se peticionó la declaración de prescripción con apoyo en ella. Por el contrario, el propio recurrente, como ya fue dicho, sostuvo en esa ocasión que la retención y ocultamiento duró "desde el momento incial, a fines de 1978, hasta el de su cesación, en febrero de 2000" (cf. fs. 1558), y sólo se agravió de la aplicación de la escala penal prevista para ese delito por la ley 24.410. De allí que quepa, asimismo, concluir que consintió la decisión adoptada con fecha 30 de marzo de 2001 en el incidente de prescripción de la acción, por la cual el tribunal de instancia rechazó la extinción de la acción postulada con los mismos argumentos que la parte ahora pretende reeditar.

También creo oportuno destacar que, en definitiva, se trata de cuestiones vinculadas a la inteligencia de normas de derecho común,

materia ésta que, por regla, resulta ajena a la competencia de V.E. cuando conoce por la vía extraordinaria (Fallos: 307:162, ya citado).

Por último, y sin perjuicio de su planteamiento también extemporáneo, en cuanto a la tacha de arbitrariedad por presunto apartamiento del criterio de la Corte en un precedente anterior (Fallos: 318:2481), pienso que las diferencias sustanciales que exhiben el presente y el citado caso resultan determinantes para rechazar el planteo de la recurrente, quien sólo se ha limitado a invocar dogmáticamente su aplicación.

Repárese que del criterio que sustenta el voto de la mayoría en el precedente de Fallos: 318:2481 no surge alusión expresa al momento en el que cesa de cometerse el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal. Por el contrario, advierto en todo caso que en esa ocasión V.E. tuvo en cuenta el día que presuntamente la víctima fue hallada en la vía pública y entregada en guarda provisional –23 de marzo de 1977– como última fecha a partir de la cual correspondía computar el plazo de prescripción de la acción, precisamente porque consideró que fue a partir de ese momento que cesaron las acciones de retención u ocultamiento mencionadas en aquella norma, sin que ese razonamiento haya implicado desconocer el carácter permanente de la infracción.

Por consiguiente, la ausencia en el *sub lite* de tal extremo autoriza a sostener que las circunstancias fácticas y jurídicas del citado precedente no se compadecen ni guardan correspondencia con el presente.

– IV –

En virtud de los argumentos expuestos, opino que corresponde declarar improcedente el recurso extraordinario. Buenos Aires, 16 de febrero de 2004. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Landa, Ceferino y Moreira, Mercedes Beatriz s/ recurso de casación”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se rechaza el recurso extraordinario deducido a fs. 1680/1698. Hágase saber y devuélvase.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que con respecto a los agravios referentes a la prescripción de la acción penal, esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Que en lo atinente al agravio sobre la ultraactividad de la ley penal más benigna, y en consecuencia, la aplicación al caso de la reforma introducida por la ley 24.410 al art. 146 del Código Penal, resultan aplicables, en lo pertinente, las consideraciones vertidas en la causa J.46.XXXVII. "Jofre, Teodora s/ denuncia" de fecha 24 de agosto de 2004 (disidencia de los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca parcialmente la sentencia apelada conforme a lo expuesto en el considerando 2°. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen a los efectos

de que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Hágase saber.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Ceferino Landa y Mercedes B. Moreira de Landa,** representados por la Dra. **Gladys Mirta Farrace.**
Traslado contestado por el **fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal,** Dr. **Juan Martín Romero Victorica.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5.**

MARNIC CONSTRUCCIONES S.A.C.I.I. Y A. V. PROVINCIA DEL CHACO Y/O DIRECCION DE VIALIDAD PROVINCIAL

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Corresponde declarar mal concedido el recurso extraordinario deducido contra el rechazo de la demanda de nulidad de decreto de rescisión de los contratos de construcción de defensas contra las inundaciones del Río Bermejo –fundándose en la emergencia económica y la falta de recursos en virtud de las atribuciones conferidas por el art. 48 de la ley 23.696 y las leyes provinciales– y se rechazaron los reclamos de compensación de gastos improductivos, si la interesada no explica por qué razón (siendo experta en el arte de construir) no advirtió que el proyecto original era de ejecución imposible al replantear las obras sobre el terreno, y omite explicar por qué motivos técnicos la obra carecía de utilidad.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Corresponde declarar mal concedido el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que rechazó la demanda de nulidad de decreto, si lo expresado en el acto cuestionado, en el sentido de que los contratos se hallan “rescindidos” por falta de fondos para ejecutar las nuevas obras, al margen de haber sido dictado dentro de las atribuciones que el art. 48 de la ley nacional 23.696 y las leyes provinciales respectivas conferían al titular del Poder Ejecutivo, se limitó a declarar la extinción de las obligaciones nacidas de aquéllos por fuerza mayor sin aludir, pero tampoco eludir, el punto relativo a la imposibilidad de cumplimiento de las obras tal como habían sido originalmente proyectadas.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Si la interesada no expuso de manera prolija y circunstanciada (con referencia a los libros de obra, su contabilidad y comprobantes que la respalden y demás prueba acumulada) la cuantía de los gastos en que concretamente incurrió durante los meses de paralización de las obras por los que reclama, ni la razón por la que se generaron a sabiendas desde que la ejecución de las obras resultaba imposible, carecen de fundamento sus aseveraciones relativas a que ante la "rescisión" dispuesta por el decreto 1070/91 tiene derecho a ser compensada por los gastos improductivos y el lucro cesante, pues dicho acto encubriría una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, o un desistimiento voluntario.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Marnic Construcciones S.A.C.I.I. y A. c/ Provincia del Chaco y/o Dirección de Vialidad Provincial s/ demanda contencioso administrativa".

Considerando:

1°) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco rechazó la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la empresa Marnic Construcciones, en la que solicitó la declaración de nulidad del decreto provincial 1070 de 1991. Mediante este acto el gobernador de la provincia declaró rescindidos, con los efectos propios de la fuerza mayor, los contratos de construcción de defensas contra las inundaciones del Río Bermejo celebrados entre la actora y la Dirección de Vialidad Provincial en 1984, fundándose en el estado de emergencia económica y en la falta de recursos para atender las erogaciones respectivas, según lo previsto en las leyes provinciales 3536 y 3537, de adhesión a la ley nacional 23.696, cuyo art. 48 faculta a la autoridad competente a dejar sin efecto los contratos en curso de ejecución por razones de esa naturaleza. La Corte local también rechazó los reclamos de compensación de los gastos improductivos derivados de la paralización de los trabajos desde enero de 1985, de indemnización del daño emergente y de las ganancias dejadas de percibir con motivo de la rescisión, y por la incorrecta liquidación de los certificados de obra pagados con descuento y por adelantado. Con-

tra esta decisión la actora interpuso el recurso extraordinario por sentencia arbitraria concedido a fs. 805/809 vta.

2°) Que en el escrito de interposición no se explicitan fundadamente las razones de hecho y de derecho en virtud de las cuales la interesada asevera que la solución adoptada por los jueces de la causa apelada no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

3°) Que, en tal sentido cabe advertir que la recurrente interesada refiere que en 1984 su parte celebró con la Dirección Provincial de Vialidad dos contratos para la construcción de la primera etapa de las obras de defensa contra las inundaciones del Río Bermejo, en el tramo Fortín Lavalle - Pampa del Indio, adjudicadas en la licitación pública 16/83. Después de haber realizado el replanteo del proyecto sobre el terreno sobre el que debía levantar las construcciones, y ejecutado aproximadamente un 16% de los trabajos contratados, debió interrumpir el cumplimiento del contrato por las crecidas e inundaciones extraordinarias de fines de 1984 y comienzos de 1985. Destaca que a partir de este momento quedó en evidencia que era imposible ejecutar las obras conforme al proyecto original, por lo que era necesario proyectar una nueva obra, de mayor tamaño y más costosa que la inicialmente planeada. A partir de entonces las partes intercambiaron una serie de notas, presupuestos y proyectos, sin llegar a ponerse de acuerdo con relación a las características y al precio de la nueva obra pública. Después de que la Provincia del Chaco se hubo adherido al régimen de la ley 23.696, el gobernador dictó el decreto 1070/91, disponiendo la rescisión de los contratos objeto de la licitación 16/83 con fundamento en el estado de emergencia económica y la falta de recursos para financiar dicha obra.

La apelante afirma que ese decreto encubre una revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, en los términos de la doctrina de Fallos: 306:1409, o bien el desistimiento voluntario del propietario de la obra a que se refiere el art. 1638 del Código Civil y el precedente de Fallos: 286:333. Sostiene que en ambos casos tiene derecho a ser indemnizada por los gastos improductivos generados desde 1985 en adelante y equitativamente compensada por el beneficio dejado de percibir, así como al cobro de las diferencias de mayores costos incorrectamente liquidadas. En tal sentido afirma que la sentencia apelada es arbitraria al considerar que el decreto 1070 de 1991 es un acto perfec-

tamente legítimo y negarle derecho al resarcimiento de los gastos improductivos (so pretexto de que su parte omitió formular el reclamo correspondiente dentro del plazo perentorio de diez días establecido al efecto en el art. 25 del pliego de condiciones), pues la ausencia de partida presupuestaria para una obra ya contratada no constituye un justificativo válido de rescisión y, además, el plazo del art. 25 del pliego sólo es aplicable a los gastos y pérdidas derivadas de alteraciones o modificaciones del proyecto original, pero no a los resultantes de la ejecución de un proyecto enteramente distinto.

4°) Que al formular tales referencias y alegaciones la interesada no se hace cargo de explicar por qué razón (siendo experta en el arte de construir) no advirtió que el proyecto original era de ejecución imposible al replantear las obras sobre el terreno, y omite explicar por qué motivos técnicos la obra carecía de utilidad. Al mismo tiempo reconoce que, al dictarse el decreto 1070 de 1991, las partes habían agotado un extenso período de negociaciones sin haberse puesto de acuerdo con respecto de las características y precio de las nuevas obras necesarias para contener, total o parcialmente, las crecidas periódicas del Río Bermejo. En el marco descripto, lo expresado en el decreto provincial cuestionado en la demanda en el sentido de que los contratos celebrados en 1984 se hallan “rescindidos” por falta de fondos para ejecutar las nuevas obras, al margen de haber sido dictado dentro de las atribuciones que el art. 48 de la ley nacional 23.696 y las leyes provinciales respectivas conferían al titular del Poder Ejecutivo, se limitó a declarar la extinción de las obligaciones nacidas de aquéllos por fuerza mayor sin aludir, pero tampoco eludir, el punto relativo a la imposibilidad de cumplimiento de las obras tal como habían sido originalmente proyectadas.

5°) Que, finalmente, la interesada tampoco expone de manera prolija y circunstanciada (con referencia a los libros de obra, su contabilidad y comprobantes que la respalden y demás prueba acumulada en autos) la cuantía de los gastos en que concretamente incurrió durante los 81 meses de paralización de las obras por los que reclama, ni la razón por la que se generaron a sabiendas desde 1985 que la ejecución de las obras resultaba imposible. En consecuencia, carecen de fundamento sus aseveraciones relativas a que ante la “rescisión” dispuesta por el decreto 1070 de 1991 tiene derecho a ser compensada por los gastos improductivos y el lucro cesante, pues dicho acto encubriría una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, o un desistimiento voluntario.

Por ello, se resuelve: Declarar mal concedido el recurso extraordinario de fs. 732/754. Con costas. Notifíquese y remítanse.

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

Recurso extraordinario interpuesto por **Marnic S.A.C.I.I. y A.,** representada por el Dr. **Benjamín Edgardo Kapeica.**
Traslado contestado por **la fiscal de Estado subrogante de la Provincia del Chaco, Dra. Gloria Cristina Silva de Barros y por el Dr. Hernán Darío Fortín en representación de la Dirección Provincial de Vialidad.**
Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.**

METROVIAS S.A.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Cuestiones de competencia.

El pronunciamiento del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que declaró la competencia de la justicia en lo contencioso administrativo y tributario local respecto del amparo tendiente a evitar los ruidos existentes en el servicio de subterráneos es equiparable a sentencia definitiva, toda vez que el rechazo de la excepción de incompetencia de los tribunales locales planteada por la co-demandada, equivale a la denegación del fuero federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si, pese a la transferencia operada en su oportunidad a favor del ámbito local, todo el proceso licitatorio del servicio y la ejecución del contrato, se realizó y continúa realizándose en el ámbito del Estado Nacional –quien en la actualidad tiene la voluntad de transferir el control y fiscalización de la ejecución del contrato celebrado para su prestación al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires– al continuar la prestación del servicio en el ámbito del Estado Nacional, corresponde a la justicia federal entender en el proceso.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

A fin de evitar una situación que va en desmedro del principio de economía procesal y del buen servicio de justicia y de impedir la perduración de situaciones

que podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional para las partes, resulta necesario determinar cuál juez debe intervenir en las actuaciones, máxime cuando la demandada ya invocó su derecho al fuero federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

El amparo promovido con fundamento en que los ruidos generados por los trenes subterráneos producen daños auditivos, debe continuar su trámite ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, puesto que, a los efectos de resolver la pretensión, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, todo lo cual remite a la aplicación de normas y principios propios del derecho público, máxime cuando el contrato de concesión prescribe que las partes se someten a los tribunales mencionados con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos locales en general.

Es improcedente el recurso extraordinario si el conflicto versa sobre una materia eminentemente local, como lo es la regulación del nivel de sonoridad tolerable en la Ciudad de Buenos Aires que atañe a las potestades de regulación y fiscalización propias del ejercicio del poder de policía de la comuna en materia de salubridad y medio ambiente, sin que obste a ello el plexo normativo al que se encuentra sujeta la concesionaria, máxime cuando no está demandado el Estado Nacional (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Carmen M. Argibay).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

A fs. 481/488, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. y, en consecuencia, declaró competente a la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad para entender en el amparo promovido por la Asociación Vecinal de Belgrano “C” Manuel Belgrano contra el Gobierno de la Ciudad

y la empresa Metrovías S.A., con fundamento en que los ruidos generados por los trenes de las líneas C y D de subterráneos producen daños auditivos a los pasajeros.

Para así decidir, consideró que la cuestión en debate tiene relación directa con una materia eminentemente local, pues no involucra presuntos incumplimientos del contrato de concesión, sino que se trata del ejercicio del poder de policía en materia de salubridad, que comprende la regulación del nivel de ruidos tolerable en la Ciudad de Buenos Aires, incluido el generado por el transporte de trenes subterráneos, máxime cuando el servicio se presta exclusivamente dentro de esa jurisdicción. Añadió que, en virtud del carácter local de dichas potestades de regulación, fiscalización y sanción en materia de ruidos y contaminación sonora, la actividad administrativa de policía involucrada en el caso no corresponde al ámbito de intereses del Estado Nacional en el territorio de la Ciudad, preservados por la ley 24.588.

Luego de efectuar una reseña de la evolución legislativa respecto del servicio de trenes subterráneos a partir de la transferencia dispuesta por la ley 22.070, concluyó que la ley 23.696 y los decretos reglamentarios no modificaron las atribuciones que la ley 19.987 otorgó a la ex –Municipalidad, entre las que se encuentra el poder de policía en materia de salubridad, motivo por el cual –a su entender– el convenio entre la Nación y la empresa concesionaria Metrovías S.A. para la prestación del servicio no reguló el alcance ni las modalidades del ejercicio de dicha potestad. En tal sentido, señaló que la previsión de la jurisdicción contencioso administrativa federal establecida en el art. 23 del contrato de concesión, se aplicaría de manera exclusiva a cuestiones vinculadas en forma directa con las vicisitudes del contrato, sin que se pueda oponer a la actividad de policía que corresponde al Estado local.

– II –

Disconforme con esta decisión, Metrovías S.A. dedujo el recurso extraordinario de fs. 503/515 que, denegado parcialmente a fs. 545/547, originó la presentación de la queja que tramita en Expte. A. 1942, L.XXXIX.

Se funda en los siguientes agravios:

a) si bien reconoce las facultades que asisten al Gobierno de la Ciudad en materia de poder de policía, no comparte el argumento del

Tribunal Superior local en el sentido de que lo que se debate es una cuestión relativa a la salud y bienestar de la población, pues entiende que los ruidos producidos por la circulación de los trenes son consecuencia del diseño constructivo de las obras que se efectuaron en las condiciones fijadas por el Estado Nacional en los pliegos de condiciones integrantes de la licitación pública en la cual resultó adjudicataria. En este sentido, añade que la resolución de la litis conducirá al análisis de los derechos y obligaciones que conciernen a cada parte del contrato de concesión

b) la decisión afecta la garantía del debido proceso, pues quita la causa a sus jueces naturales e impide que sean consideradas las defensas en que sustenta su derecho, como así también afecta el derecho de ejercer una industria lícita y de propiedad (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional);

c) es competente la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal para resolver las cuestiones introducidas en el amparo interpuesto, toda vez que la pretensión de las actoras se refiere a un servicio que es prestado sobre la base de un contrato administrativo de concesión de servicio y de obra pública, que se preparó, se concretó y continúa desenvolviéndose a partir de normas de carácter nacional;

d) el contrato de concesión aprobado por decreto 2608/93, así como su addenda aprobada por decreto 393/99, establecen expresamente que todas las cuestiones relacionadas con la prestación del servicio de que se trata corresponden a la Justicia Federal;

e) el decreto 1388/96 encomendó el control de la concesión a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte que, a partir de ese momento, se desempeña como autoridad de control y fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones de Metrovías S.A. en su carácter de concesionaria del servicio, al mismo tiempo que verifica y aprueba la realización de las obras. Agrega que dicho control sigue correspondiendo al Estado Nacional, pues su transferencia está supeditada a la suscripción de un acuerdo al que deben arribar ambas autoridades (nacional y local), extremo que aún no se cumplió;

f) al ser el Estado Nacional quien deberá cumplir con lo que se disponga eventualmente en la sentencia a dictarse, el proceso sólo puede tramitar ante los tribunales federales. Ello es así, puesto que –a su juicio– Metrovías S.A. carece de facultades para realizar traba-

jos que modifiquen las instalaciones en concesión sin la previa autorización del concedente, todo lo cual conduciría al análisis de los derechos y obligaciones que corresponden a cada parte del contrato.

– III –

A mi modo de ver, la sentencia apelada es equiparable a definitiva, toda vez que el rechazo de la excepción de incompetencia de los tribunales locales planteada por la co-demandada, equivale a la denegación del fuero federal oportunamente invocado por el apelante, extremo cuya configuración hace formalmente admisible el recurso extraordinario dirigido a cuestionarlo.

– IV –

Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda (art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como aplicable al caso.

En el *sub lite*, el amparo promovido por la asociación actora tiene por objeto, en lo que a la apelante concierne, obligarla a realizar las obras necesarias para que el servicio de transporte subterráneo sea inocuo al sistema auditivo de los usuarios (fs. 9/13).

Sentado ello, en lo atinente a la evolución legislativa del sistema que regula la prestación del servicio de transporte subterráneo, procede señalar que la ley 22.070 dispuso la transferencia a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires de los certificados representativos del capital de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado y que esa comuna tendría competencia en la regulación y control del servicio y en la fijación de las tarifas. Sin embargo, la ley 23.696, de Reforma del Estado, declaró a dicha sociedad sujeta a privatización y los decretos 435/90, 1757/90, 2074/90 y 1143/91 reglamentaron y complementaron las disposiciones relativas a la concesión de la explotación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros de Subterráneos de Buenos Aires S.E. y Ferrocarriles Metropolitanos S.A. (Grupo de Servicios 3 –SBASE-URQUIZA–) y otorgaron facultades al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación para llevarla a cabo en su carácter de autoridad de aplicación. A su vez, el decreto 2608/93 aprobó el contrato de concesión cele-

brado entre el Estado Nacional y la empresa concesionaria, con la participación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y el 1388/96 creó la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, a la que encomendó el control de dicha concesión y, por lo tanto, la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de Metrovías S.A. Posteriormente, el decreto 393/99 aprobó lo actuado por el citado Ministerio con relación al procedimiento de renegociación del contrato de concesión, así como su addenda modificatoria, que tuvo por objeto readecuar el régimen a las necesidades detectadas en el sector, a fin de satisfacer las demandas de los usuarios en cantidad y calidad. Por otra parte, dispuso la realización, en el plazo de noventa días, de todos los actos necesarios para instrumentar la transferencia de la fiscalización y control de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros –subterráneos y premetro– a favor de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo gobierno se adhirió a los términos de la transferencia mediante la ley local 373.

De las disposiciones reseñadas surge claramente que, tal como señala la apelante, pese a la transferencia operada en su oportunidad a favor de la ex-Municipalidad de la Ciudad, todo el proceso licitatorio del servicio y la ejecución del contrato suscripto en consecuencia, se realizó y continúa realizándose en el ámbito del Estado Nacional, quien en la actualidad tiene la voluntad de transferir el control y fiscalización de la ejecución del contrato celebrado para su prestación al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Este, a su vez, aceptó las condiciones en que será efectuada dicha transferencia (v. Considerandos y art. 4° del decreto 393/99 y ley local 373). Sin embargo, considero que, hasta tanto se produzca dicha circunstancia mediante la instrumentación de los actos necesarios –momento a partir del cual la competencia local resultaría indudable–, al continuar la prestación del servicio que dio origen a estas actuaciones en el ámbito del Estado Nacional, corresponde a la justicia federal entender en este proceso.

– VI –

Sin perjuicio de ello, con la finalidad de evitar una situación que va en desmedro del principio de economía procesal y del buen servicio de justicia y de impedir la perduración de situaciones que podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional para las partes (Fallos: 310:2842; 322:447), resulta necesario determinar cuál juez debe intervenir en estas actuaciones, máxime cuando la demandada ya invocó su derecho al fuero federal.

En tales condiciones, entiendo que la presente causa debe continuar su trámite ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, puesto que, a los efectos de resolver la pretensión de la actora, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, todo lo cual remite a la aplicación de normas y principios propios del derecho público, sobre todo, cuando el art. 23 del contrato de concesión aprobado por decreto 2608/93 prescribe que las partes se someten a los tribunales mencionados con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción.

– V –

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario deducido, dejar sin efecto la sentencia apelada y disponer que el presente proceso continúe su trámite ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Buenos Aires, 17 de junio de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

Suprema Corte:

Toda vez que los argumentos referidos a la arbitrariedad de la sentencia impugnada ya fueron examinados en el dictamen del día de la fecha, *in re* M. 2413, L.XXXIX, por razones de brevedad me remito a los fundamentos allí expuestos.

Por ello, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario deducido, dejar sin efecto la sentencia apelada y disponer que el presente proceso continúe su trámite ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Buenos Aires, 17 de junio de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Asociación Vecinal Belgrano C. Manuel

Belgrano y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo'".

Considerando:

Que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –que se expidió después de haber esta Corte, a fs. 466 de los autos principales, descalificado su anterior decisión y reenviado la causa para el dictado de un nuevo fallo– desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. y, en consecuencia, declaró que la justicia en lo contencioso administrativo y tributario local resultaba competente para conocer en las actuaciones. Contra tal pronunciamiento dicha empresa interpuso la apelación extraordinaria de fs. 503/515, que fue concedida en cuanto ha sido fundada en la causal prevista en el art. 14, inc. 3°, de la ley 48 y, denegada, respecto de la tacha de arbitrariedad articulada, lo que dio lugar a la presentación de la queja que corre agregada por cuerda y que será tratada en forma conjunta en atención a que los agravios en ella expresados están inescindiblemente unidos a la cuestión federal aludida (doctrina de Fallos: 321:703 y sus citas).

Que las impugnaciones planteadas por la apelante, con los alcances precedentemente precisados, han sido objeto de un adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte hace suyos y da por reproducidos a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, de conformidad con el referido dictamen, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal, a la que se le remitirán por intermedio de la cámara respectiva (art. 16 de la ley 48). Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68, *in fine*, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Glósese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 1. Hágase saber lo decidido al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, notifíquese a las partes y, oportunamente, remítanse.

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

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La Asociación Vecinal de Belgrano "C" Manuel Belgrano promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Metrovías S.A., en su calidad de concesionario del servicio de subterráneos, a fin de que se garantice el derecho a la salud de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y de los usuarios del mencionado servicio público, con fundamento en que los ruidos existentes en los vagones y andenes de las líneas "C" y "D" producen daños auditivos a sus pasajeros.

2°) El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como consecuencia de la decisión de esta Corte de fs. 466, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. y, en consecuencia, declaró que la justicia en lo contencioso administrativo y tributario local resultaba competente para conocer en las actuaciones.

Contra este pronunciamiento, Metrovías S.A. interpuso recurso extraordinario de fs. 503/515 que fue concedido en cuanto ha sido fundada en la causal prevista en el art. 14, inc. 3°, de la ley 48 y, denegada, respecto de la tacha de arbitrariedad alegada, lo que dio lugar a la presentación de la queja que corre agregada por cuerda.

3°) La cuestión traída a conocimiento de este Tribunal es la incompetencia de la justicia local planteada por la concesionaria, por entender que la pretensión de los actores se relaciona con el cumplimiento de un servicio público del que resultó adjudicataria en las condiciones fijadas por el Estado Nacional, cuyo contrato de concesión estableció el fuero federal para dirimir conflictos que se susciten en su ejecución.

4°) Los agravios de la recurrente deben ser desestimados pues: a) el objeto del amparo no se relaciona con el cumplimiento del contrato de concesión de subterráneos y b) se trata de una demanda interpuesta contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Metrovías S.A. con el fin de que se conmine al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a controlar los "ruidos" que generan las líneas de subterráneos antes señaladas y se obligue a la concesionaria a realizar las obras necesarias para que el servicio no produzca daños a los usuarios.

En tal sentido, el conflicto versa sobre una materia eminentemente local, como lo es la regulación del nivel de sonoridad tolerable en la Ciudad de Buenos Aires que atañe a las potestades de regulación y fiscalización propias del ejercicio del poder de policía de la comuna en materia de salubridad y medio ambiente. No obsta a esta conclusión el plexo normativo al que se encuentra sujeto la concesionaria, máxime cuando, en el caso, no está demandado el Estado Nacional.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido y se desestima la queja. Dése por perdido el depósito de fs. 1 de la queja. Notifíquese y devuélvase la causa M.2413.XXXIX. y, oportunamente, archívese el recurso de hecho.

CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso extraordinario y de queja interpuesto por los representantes de **Metrovías S.A., Dres. Roberto Boqué y Eduardo Antonio Merola.** El primero de ellos fue contestado por el **Dr. Alberto D. García,** apoderado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio del **Dr. Jaime Ruchtein;** por el representante del Ente Unico Regulador de Servicios Públicos de dicha ciudad, **Roberto Vázquez,** con el patrocinio de la **Dra. Silvia Carmen Flores y por Eduardo Szelepski,** presidente de la Asociación actora, patrocinado por el **Dr. Andrés Nápoli.**
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **esta Corte Suprema (fs. 466), Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 de dicha ciudad y Sala I de la Cámara de Apelaciones de ese mismo fuero.**

HECTOR RAUL FOX v. SIDERCA S.A.C.I.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas locales de procedimientos. Costas y honorarios.

Si bien lo atinente a la determinación del monto del juicio a los fines de la regulación de los honorarios es cuestión propia de los jueces de la causa, en el ejercicio de tal atribución no cabe apartamiento manifiesto de los intereses en litigio, pues su irrazonable desproporción con la naturaleza de la labor cumplida es susceptible de inferir un agravio a la garantía de la propiedad.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.

Si la cámara realizó la deducción del monto dado en pago del importe de la condena pero omitió realizarla para fijar la base regulatoria y no determinó la sustancia económica del litigio, limitándose a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del intrínseco valor de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito, la determinación de la regulación de honorarios se efectuó en una cifra alejada de la realidad económica de los intereses debatidos, lo que redunda en evidente menoscabo de la garantía de propiedad, pues, al tomar aquella base regulatoria, se obtuvo un monto de honorarios desproporcionado con el resultado final del juicio.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

HONORARIOS: Regulación.

La validez de las regulaciones no depende exclusivamente del monto del juicio y de la escala que contemplan los aranceles profesionales, no correspondiendo sujetarse a éste en forma estricta y atender al resultado y a su proporción con los trabajos realizados cuando, de lo contrario, resultarían emolumentos desproporcionados con la índole y extensión de la labor profesional.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que declaró inatendible en casación el agravio dirigido a cuestionar la base de cálculo tenida en cuenta para la regulación de honorarios es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en lo que aquí interesa, declaró inatendible en casación el agravio dirigido a cuestionar la base de cálculo tenida en cuenta por el tribunal de grado para la regulación de los honorarios profesionales.

Señaló que, en autos, el impugnante sostuvo que el juzgador de origen no dedujo de dicha base el importe de la suma dada en pago al actor con anterioridad al pleito y compensable con el total adeudado.

Dijo que no concurren en el caso ninguno de los supuestos de habilitación de la instancia extraordinaria en materia de honorarios si, con el pretexto de una errónea aplicación del art. 23 de la ley arancelaria, lo que se pretende es cuestionar la base que se tuvo en cuenta para regular los honorarios de los profesionales intervinientes. Sostuvo, asimismo, que aunque la compensación operada cancele el crédito del accionante, ello no tiene virtualidad para alterar la calidad de vencida de la demandada, la que debe cargar con las costas del juicio, ya que por esta vía el actor obtuvo una sentencia judicial de reconocimiento de su derecho indemnizatorio.

Expresó que el restante planteo se vinculaba directamente con lo recientemente resuelto, pues la argumentación de que el tribunal del trabajo debió aplicar el art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificado por la ley 24.432, en cuanto a la reducción de las costas, quedaba supeditado al resultado del punto anterior. La pretensión resulta igualmente inatendible –prosiguió–, por no haberse demostrado previamente el eventual desplazamiento del régimen arancelario provincial. (v. fs. 320/323).

– II –

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 328/338, cuya denegatoria de fs. 354 y vta., motiva la presente queja.

Tacha de arbitraria a la sentencia, en primer lugar, por la desestimación de la queja en materia de honorarios. Afirma que la Suprema Corte Provincial ha dogmatizado sobre el punto al afirmar que no concurren ninguno de los supuestos de habilitación de la instancia extraordinaria, sin dar una satisfacción a la parte, obviando el deber constitucional de fundar la sentencia.

La apelante dice que manifestó claramente, conforme con antecedentes del Tribunal Superior, que cuando la demanda prospera parcialmente, de acuerdo con el art. 23 de la ley 8904/77, no corresponde analizar el monto de aquélla a fin de realizar la comparación entre ese importe y el de la liquidación, desde que ello implica descartar de plano esta última, ya que la demanda actualizada siempre será mayor. Destacó otro antecedente en el que se estableció que la regulación debe guardar relación con las tareas profesionales y que no puede ser válida una regulación que fije honorarios exorbitantes, ajenos a toda

proporción con los intereses controvertidos y con la suma que percibe la parte como consecuencia de la acción del profesional. También recordó la doctrina según la cual, la regulación que se efectúa sin atender al resultado del juicio, es violatoria de garantías constitucionales. Reprocha que nada de ello fue atendido por la Suprema Corte Provincial.

Expresa, además, que el fallo es arbitrario por prescindir del texto legal. Impugna a la sentencia en cuanto resuelve que no resulta aplicable el art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo modificado por la ley 24.432 al ligar ello a lo resuelto en relación al cuestionamiento de la base regulatoria. Señala que los importes fijados para el letrado del actor, sumados a los otorgados a los peritos actuantes, exceden el tope del 25 % a que se refiere dicha norma.

Afirma que la ley 24.432 al introducir, junto con otras modificaciones a códigos procesales nacionales y a normativa de fondo, un cambio expreso al art. 277 de la LCT, ha producido un cambio sustancial que ocasiona un límite máximo como dato conocido con anticipación al desarrollo de un pleito para las partes involucradas en él.

Dice que corresponde aplicar el art. 277 de la LCT por cuanto su texto es claro y no admite excepciones de ninguna especie.

Con cita de doctrina concluye que la norma examinada es una norma instrumental, empero, de eficacia material. Agrega que no puede haber dudas respecto de la facultad del Congreso de la Nación para dictar normas destinadas a regular sobre aspectos instrumentales, cuando éstos deben ser ordenados, estrictamente, en razón de la eficacia del propio régimen material, es decir, fundados en la necesidad de efectivizar los derechos sustanciales previstos por la legislación de fondo.

Sostiene que no hay derechos adquiridos por los profesionales que intervienen en cada proceso respecto de las pautas de estimación de sus honorarios, y mucho menos, a la invariabilidad o inalterabilidad de las mismas, conforme previsiones legales vigentes al tiempo de radicarse el proceso. Afirma que los honorarios deben regularse con sujeción al régimen en vigencia al tiempo de la regulación, y que, en consecuencia, en todos los procesos sin regulación firme, corresponde la aplicación de la ley nueva.

– III –

Corresponde recordar que, por vía de principio, lo atinente a la determinación del monto del juicio a los fines de la regulación de los pertinentes honorarios, es cuestión propia de los jueces de la causa (v. doctrina de Fallos: 300:295, 386, 439; 302:235, 325, 1135, entre otros). Sin embargo en el ejercicio de tal atribución no cabe apartamiento manifiesto de los intereses en litigio, pues su irrazonable desproporción con la naturaleza de la labor cumplida es susceptible de inferir un agravio a la garantía de la propiedad.

En autos, como se ha visto, la recurrente sostuvo que debía deducirse de la base de cálculo para la regulación de honorarios, la suma dada en pago al actor con anterioridad al pleito y compensable con el total adeudado. Dicho pago a cuenta fue puesto de manifiesto desde la misma contestación de la demanda, solicitando la parte demandada que la suma pagada en sede administrativa, se compensara con la que eventualmente pudiera resultar de la condena, hasta la concurrencia de la menor (v. fs. 105 y vta.).

En tales condiciones estimo que, a los fines de una adecuada solución al tema, era menester tener presente que la medida del interés defendido en autos no estaba dado por el monto de la demanda, sino que a dicho monto debía deducirse el importe dado en pago al que se ha hecho referencia. Pese a que la Cámara realizó tal deducción del importe de la condena (v. fs. 257 vta.), tanto su sentencia, como la ahora impugnada omitieron, sin embargo, realizarla para fijar la base regulatoria, y de ese modo no determinaron –a mi ver– la sustancia económica del litigio, limitándose a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del intrínseco valor de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito. De este modo, la determinación de la regulación de honorarios se efectuó en una cifra alejada de la realidad económica de los intereses debatidos, lo que redunda en evidente menoscabo de la garantía de propiedad, pues, al tomar aquella base regulatoria, se obtuvo un monto de honorarios desproporcionado con el resultado final del juicio.

Tiene dicho el Tribunal al respecto que la validez de las regulaciones no depende exclusivamente del monto del juicio y de la escala que contemplan los aranceles profesionales, no correspondiendo sujetarse a éste en forma estricta y atender al resultado y a su proporción con los trabajos realizados cuando, de lo contrario, resultarían emolumen-

tos desproporcionados con la índole y extensión de la labor profesional (v. Doctrina de Fallos: 305:1930; 322:1100, voto de los Dres. Julio S. Nazareno y Carlos S. Fayt).

En cuanto al planteo sobre la aplicación del artículo 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificado por la ley 24.432, estimo que no existe un desplazamiento del régimen arancelario provincial, como insinúa el juzgador, toda vez que esta legislación no avanza sobre el modo regulatorio imponiendo pautas a las Provincias, sino que establece límites de responsabilidad para el pago de las obligaciones que se devenguen de las costas, materia básicamente común, legislada por la Nación en el marco de las facultades conferidas por el artículo 67, inciso 11 –hoy artículo 75, inciso 12– de la Constitución Nacional, y que, por lo tanto, tratándose de legislación vigente –no declarada inconstitucional– los jueces no pueden dejar de aplicar invocando normativa local.

Sin perjuicio de ello, deberá tenerse en cuenta que, en autos, muchos de los trabajos profesionales fueron realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 24.432, lo que significa que, para tales trabajos, conforme a copiosos antecedentes de V.E., no resultan aplicables las disposiciones de esa ley (v. doctrina de Fallos: 321:330, 323:1128, entre muchos otros).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 10 de junio de 2004. *Felipe Daniel Obarrio.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Fox, Héctor Raúl c/ Siderca S.A.C.I.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que este Tribunal comparte los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal en el dictamen de fs. 102/104, a los que cabe remitirse por razones de brevedad.

Por ello, se declara procedente la queja, se hace lugar al recurso extraordinario deducido y se deja sin efecto el fallo, con costas. Reintégrese el depósito y agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese.

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

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que remite en razón de brevedad, excepto en lo atinente a la aplicación al caso de autos de la ley 24.432 cuya aplicación en el caso –dada su naturaleza procesal– resulta pertinente en los términos de la doctrina de Fallos: 319:1915, disidencia del juez Fayt.

Por ello, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese.

CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad, excepto en lo atinente a la ley 24.432, que es de carácter procesal y, por tanto, de aplicación inmediata (Fallos: 319:1915, 323:1128, disidencias del juez Boggiano).

Por ello, se declara procedente la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

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

Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese, y previa devolución de los autos principales, archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **Siderca S.A.I.C.,** representada por **el Dr. Mauricio F. Mallach Baroville.**
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal del Trabajo de Zárate.**

JORGE GUILLEN JUAREZ Y OTRO

RECURSO DE QUEJA: Trámite.

En razón de que podría encontrarse prescripta la acción en los autos principales, corresponde ordenar la suspensión del trámite del recurso de queja a las resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Tribunal de Sentencia en lo Criminal de Segunda Nominación de la provincia de Catamarca, condenó a los médicos Jorge Alberto Guillén Juárez y Jorge Edgardo Díaz como autores penalmente responsables del delito de homicidio culposo, y les impuso la pena de un año de prisión en suspenso e inhabilitación especial por cinco años (fs. 4/19).

La Corte de Justicia de esa provincia, en lo que aquí interesa, no hizo lugar al recurso de casación (fs. 58/63) y, posteriormente, denegó a fojas 75 el remedio extraordinario federal interpuesto por la defensa del segundo de los nombrados, lo que originó esta presentación directa (fs. 80/83).

– II –

En su escrito de fojas 67/70, la asistencia técnica de Díaz tacha de arbitraria la sentencia del *a quo* al entender que, mediante una fundamentación aparente, se apartó de la debida consideración del agravio que fue motivo del recurso de casación, y por el cual se perseguía la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, con base en que carecía de una adecuada determinación de la relación causal que habría existido entre la muerte de la víctima y la conducta que se le reprocha a su asistido.

Alega también que a través de una falsa motivación, el superior tribunal provincial convalidó la violación del principio de congruencia, al haberse condenado a Díaz por un hecho que no integraba la imputación. Así sostiene que en la requisitoria de elevación a juicio, se le atribuyeron únicamente tres actividades (omitir la visita prequirúrgica, no confeccionar la foja anestésica y la observación deficiente de los signos vitales) mientras que en la sentencia se le reprochó una circunstancia distinta, consistente en el abandono de la víctima en la sala de recuperación.

Por último, manifiesta que el *a quo*, de manera dogmática, rechazó la crítica que oportunamente se dirigió contra el fallo de primera instancia en cuanto a la forma en que fueron apreciadas y valoradas las pruebas colectadas durante el proceso sin analizar, conforme la doctrina de la arbitrariedad, si aquél constituía derivación razonada del derecho vigente.

– III –

A mi modo de ver, los agravios traídos por el recurrente no suscitan una controversia acerca de la interpretación o alcance de las garantías constitucionales que considera conculcadas sino que, por el contrario, sus argumentos se ciñen a cuestionar las razones por las que el *a quo* homologó la condena del tribunal de sentencia a partir del análisis de temas de hecho, prueba y derecho procesal, 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; 308:51, 718 y 2423; 311:600 y 1950; 312:809; 313:525, entre otros).

No paso por alto que V.E. también 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 sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2547; 312:1221; 313:559; 315:29 y 321:1909).

Sin embargo, entiendo que no pueden prosperar los agravios que el recurrente pretende sustentar en esa tacha pues, a mi modo de ver,

la decisión impugnada contiene fundamentos suficientes con base en las constancias de la causa y en las normas que consideró aplicables al *sub judice* que no fueron debidamente refutados y que, por opinables que resulten, no autorizan su descalificación como acto jurisdiccional, máxime cuando esa doctrina, cabe recordar, es de aplicación restringida respecto de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia (Fallos: 302:418 y 308:641, entre otros).

– IV –

Entiendo que ello es así, pues el agravio relativo a la alegada inexistencia de relación causal entre la conducta del imputado y la muerte de la víctima, no se vincula a la validez intrínseca de la actividad acusatoria del ministerio público fiscal, sino que se refiere a una cuestión de hecho, prueba y derecho común, ajena a la instancia extraordinaria y que, además, fue motivo de adecuado tratamiento tanto por el tribunal de sentencia, como por el *a quo*.

Tampoco estimo que en ese aspecto pueda apreciarse la arbitrariedad que se invoca, ya que el fallo de primera instancia, más allá de su acierto o error, contiene precisas consideraciones acerca de las obligaciones que incumplió el condenado y que, de haber sido observadas, habrían incidido en la evitación de ese resultado fatal, sin que el apelante haya rebatido ese desarrollo argumental ni, mucho menos, demostrado en él vicio alguno de razonamiento que autorice su descalificación.

– V –

También advierto que el recurso adolece de una adecuada fundamentación en cuanto en él se alega la conculcación del principio de congruencia y, por ende, del ejercicio de su derecho de defensa, pues no contiene una crítica concreta y razonada de los argumentos en que el superior tribunal provincial sustentó su decisión en ese aspecto.

Por el contrario, aprecio que el propio recurrente sostiene a fojas 67 vta., último párrafo, que una de las circunstancias imputadas a Díaz en el requerimiento de elevación a juicio consistió en la deficiente observación de los signos vitales, lo cual constituye justamente uno

de los pilares sobre los que el tribunal de juicio sustentó su responsabilidad penal, al afirmar que la falta de oxígeno originada por esa omisión desencadenó el curso causal que provocó la muerte de Villegas Marín (vid fs. 4/19 y especialmente fojas 16 vta., 17 y 17 vta.).

Si bien este último aspecto demuestra la insustancialidad del agravio (conf. Fallos: 306:1698 y 1724, y 310:1835), estimo que el recurso tampoco puede prosperar, en tanto que no observo que se hayan vulnerado aquellos principios que, según la doctrina de V.E., inspiran y sustentan la congruencia como expresión de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

En efecto, la Corte tiene decidido desde antiguo que si bien en orden a la justicia penal, el deber de los magistrados, cualquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellos mismos hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron materia de juicio (Fallos: 186:297; 242:227; 315:2969 y 319:2959) y que, satisfecha esta exigencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales mencionados precedentemente (Fallos: 310:2094 y sus citas).

Esta última situación es la que a mi modo de ver se presenta en el caso, pues advierto que durante todo el transcurso del proceso se mantuvo incólume la plataforma fáctica sobre la que finalmente reposó la condena de Díaz y que el reproche que sobre ella se enderezó, se fue precisando a medida que avanzaba su trámite –lo cual es su resultado lógico– pero esa circunstancia no permite sostener –como lo intenta el apelante– que se haya responsabilizado a su defendido por un hecho distinto de aquél por el cual ejerció su derecho de defensa.

Concretamente, de las constancias del expediente, se puede observar que desde la misma denuncia se abarcan los instantes posteriores a la operación, a tal punto que la calificación legal que allí se propone es, entre otras, la de abandono de persona (vid. fs. 2/5, de los autos principales). Esta aseveración se ve incluso corroborada no sólo por la promoción fiscal de la acción (fs. 189/192, de los autos principales) en la que se sostiene que la conducta generadora de la muerte se habría producido durante la intervención quirúrgica o en el post operatorio, sino también por la diferente prueba incorporada durante la investi-

gación. En este sentido, resulta de utilidad destacar que tanto en los testimonios de fojas 204/205, 220/221, 222/223, 229/230, 313/314, 616/618, 628/629, 638/639, 678/680 y 721/722, como en los informes de fojas 682/684 y 691/693, se han recabado distintas circunstancias que hacen al estado en que la paciente salió del quirófano, a la responsabilidad y funciones del anestesista en la recuperación de ese proceso, y a las condiciones médico-clínicas que deben existir para que pueda darse por concluido el acto quirúrgico.

Esos aspectos fueron también motivo de debate (ver acta de fojas 1333/1376 y, especialmente los testimonios de Liliana del Valle Arias –fs. 1339 vta/1340– Rubén Horacio Manzi –fs. 1343 vta.– José Ignacio Macedo –fs. 1345– Rubén Carlos Jalil –fs. 1346– Manuel A. Matheu Cámara –1354 vta.– Jorge Felix Chayep –fs. 1356 y vta.– René Alberto Vergara –fs. 1357 vta.– Luisa Genoveva Veliz –fs. 1359– Raúl Mario Biava –fs. 1361 y vta– Lila Gladys Marín de Villegas –fs. 1364– y Juan Carlos Tapia –fs. 1365 vta. y 1366–).

En esa misma línea de pensamiento, sólo resta agregar que tanto en el auto de procesamiento (fs. 729/747), como en su confirmación por la cámara (fs. 806/814) y en el requerimiento de elevación a juicio (821/839), se abordaron cuestiones referidas al post operatorio y a la recuperación de los signos vitales de la occisa, que luego dieron fundamento a la condena.

Tampoco puede pasarse por alto que la defensa de Díaz ejerció en todo momento sus derechos teniendo en vista la actividad desarrollada antes, durante y después de la operación, así como también el reproche que respecto de esa actividad se le formuló. Ello se puede apreciar con toda claridad en su indagatoria de fojas 430/432 y en los argumentos que se esbozaron ante el superior al recurrir el auto de procesamiento (vid. fs. 790/791), en donde se hicieron puntuales referencias a la responsabilidad de aquél tanto en la culminación de la cirugía, como en el control de los signos vitales e, incluso, en su paso por la sala de recuperación.

Estos extremos adquieren relevancia, pues también permiten demostrar que no ha existido violación al principio de congruencia en tanto que, a partir de ellos, es posible concluir que el recurrente tuvo amplias oportunidades de ser oído, alegar y probar sobre su actividad en cada uno de los diferentes instantes que comprendieron al hecho

motivo de condena (Fallos: 242:234; 298:308; 306:467; 312:540; 321:469 y 325:210), tal como efectivamente lo hizo.

En coincidencia con lo expuesto también advierto que no se especifican concretamente cuáles son las defensas y los medios de prueba de que se habría visto privado el apelante y en qué medida habrían influido en la solución adoptada (Fallos: 238:495; 265:141; 302:482; 310:2085; 311:904 y 2461), razón por la cual su impugnación no traduce más que una discrepancia con la forma en que los jueces consideraron aspectos no federales ajenos a esta instancia excepcional.

– VI –

Finalmente, en relación con la queja relativa a la valoración y la selección de pruebas, estimo que el remedio federal carece de la debida fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48 (Fallos: 300:609; 311:1695; 319:123 y 2108), pues el recurrente sólo se ha limitado a transcribir los agravios planteados en la instancia anterior (Fallos: 312:389) sin formular una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos en que se apoyó la decisión impugnada (Fallos: 303:620; 304:635; 305:171; 306:1401; 307:142; 311:1695, entre muchos otros).

En ese sentido, aprecio que aquél circunscribe su planteo a sostener que se le dio un valor preeminente a los dichos de unos testigos sobre los de otros que habrían tenido una mayor vivencia o que por su profesión, arte y ciencia tenían mayor autoridad, sin advertir que en el desarrollo argumental de la sentencia se realizó un minucioso análisis acerca del alcance y entidad que se le otorgaba a cada testimonio, varios de los cuales fueron incluso tachados de falaces y contradictorios (vid. especialmente fojas 15 vta.), sin que el apelante se hiciera debido cargo de esos aspectos. Por otra parte, tampoco indicó por qué habría de otorgárseles un valor diferente al que se les dio a los testimonios de cargo en la resolución condenatoria.

– VII –

En definitiva, por todo lo expuesto considero que la crítica del recurrente se limita a intentar proponer una determinada solución jurí-

dica en una materia cuya revisión, insisto, resulta por regla ajena a esta instancia extraordinaria, y que sus agravios sólo traducen una discrepancia sobre la forma en que fueron apreciados y fijados los hechos y las pruebas de la causa, aspectos que en la medida que fueron resueltos con argumentos de igual naturaleza, independientemente de su acierto o error, descartan la tacha de arbitrariedad (Fallos: 303:717; 308:748; 316:2747; 319:97; 321:2904).

En consecuencia, soy de la opinión que V.E. debe desestimar la presente queja. Buenos Aires, 29 de diciembre de 2004. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que en razón de que podría encontrarse prescripta la acción en los autos principales, corresponde ordenar la suspensión del trámite del presente recurso de queja a las resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal se resuelve: Suspender el trámite de este recurso de queja, hasta la resolución definitiva de la cuestión de prescripción. Notifíquese, comuníquese al tribunal de origen.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Jorge Edgardo Díaz.**
Tribunal de origen: **Corte de Justicia de Catamarca.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal de Sentencia en lo Penal de Segunda Nominación de la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca.**

MATIAS KOOK WESKOTT

SENTENCIA: Principios generales.

En tanto la justicia debe ser administrada públicamente, la regla republicana es la publicación de las sentencias con los nombres completos, y las excepciones son solamente las que se establecen en la Constitución Nacional, los tratados internacionales –art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, y las leyes nacionales, o las situaciones contempladas por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

SENTENCIA: Principios generales.

Lo dispuesto en el art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no autoriza la supresión del nombre para la publicación de la sentencia, pues el invocado perjuicio para el peticionante es producto de la propia conducta generadora del reproche penal.

SENTENCIA: Principios generales.

El efectivo ejercicio por parte de la ciudadanía del control de los actos de gobierno en lo que respecta al Poder Judicial solamente es posible mediante el conocimiento cabal de las decisiones a las que arriban los tribunales.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que contra la condena dictada por el delito de abuso deshonesto (art. 127, párrafo 1°, del Código Penal, según ley 23.077), el peticionante interpuso recurso de casación, cuya denegación fue impugnada mediante el recurso extraordinario que rechazado dio origen a la queja desestimada a fs. 116. A fs. 123 solicitó la supresión de los nombres de las partes para la publicación de la sentencia dictada por la Corte Suprema, por entender que lo afectaría en su profesión de abogado y, por ende, su medio de vida, en forma injustificada e innecesaria.

2°) Que el principio de publicación de las sentencias, como expresión de la regla republicana de publicidad de los actos de gobierno,

está contemplado en el art. 1° de la Constitución Nacional y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –de rango constitucional, en virtud del art. 75, inc. 22–, en cuanto establece que "...*toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores*", circunstancias que no se configuran en el *sub lite*.

3°) Que la justicia debe ser administrada públicamente, y las sentencias deben expresar sus motivos, pues el propósito de la publicidad –que es la garantía de las garantías– consiste en impedir que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio en daño del pueblo a quien pertenece (Juan Bautista Alberdi, "Elementos del derecho público provincial argentino", en "Organización política y económica de la Confederación Argentina" Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1856, pág. 283).

4°) Que, en este sentido, la regla republicana es la publicación de las sentencias con los nombres completos, y las excepciones son solamente las que se establecen en la Constitución Nacional, los tratados internacionales –art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, y las leyes nacionales como las que se refieren a los menores –ley 20.056–, o a los enfermos de SIDA –ley 23.798–, o las situaciones contempladas por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 316:1623 y 1632).

5°) Que, en virtud de lo expuesto, cabe concluir que lo dispuesto en el art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no autoriza la supresión del nombre en el presente caso, pues si bien es indudable que la publicación íntegra de la sentencia podría resultar perjudicial para el peticionante, ello es producto de la propia conducta generadora del reproche penal, a lo que se suma que el efectivo ejercicio por parte de la ciudadanía del control de los actos de gobierno en lo que respecta al Poder Judicial solamente es posible mediante el conocimiento cabal de las decisiones a las que arriban los tribunales.

Por ello, se rechaza lo peticionado. Hágase saber y archívese.

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

Presentación efectuada por **el Dr. Matías Kook Weskott.**

MARIA JOSE ROSSATO Y OTROS V. HOSPITAL PRESIDENTE PERON Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Distinta vecindad.

Si la provincia es demandada por quien declara domiciliarse en su territorio, la causa no puede tramitar en la instancia originaria de la Corte Suprema pues no se cumple con el recaudo de la distinta vecindad ya que se hallan enfrentados una provincia con su propio vecino.
–Del precedente "Orona", al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La cuestión debatida en el *sub lite* resulta sustancialmente análoga a la que fuera objeto de tratamiento por este Ministerio Público en ocasión de expedirse, el 31 de julio de 2002, *in re* O.222, XXXVIII, Recurso Extraordinario "Orona Alejandro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros s/ daños y perjuicios", en la que el Tribunal se remitió a los fundamentos del dictamen, en su sentencia del 12 de noviembre de 2002, publicada en Fallos: 325:2960.

En virtud de lo expuesto en dicha oportunidad, que doy aquí por reproducido *brevitatis causae*, considero que el proceso resulta ajeno a la instancia originaria del Tribunal.

Opino, por tanto, que cabe declarar formalmente admisible la queja, revocar la sentencia que obra en fotocopia a fs. 14 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y disponer que vuelvan los autos a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala M–, a los efectos que correspondan. Buenos Aires, 1° de diciembre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Provincia de Buenos Aires – Ministerio de Salud en la causa Rossato, María José y otros c/ Hospital Presidente Perón y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en el *sub lite* son análogas a las debatidas y resueltas en el precedente que se registra en Fallos: 325:2960, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, 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). Reintégrese el depósito de fs. 35. Vuelvan los autos a la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a los fines que corresponda. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

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

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la resolución del juez de primera instancia que había rechazado la jurisdicción originaria de esta Corte pretendida por la Provin-

cia de Buenos Aires y aceptado que la causa siguiera su trámite por ante ese fuero.

Contra lo decidido, la Provincia de Buenos Aires interpuso un recurso extraordinario, que denegado originó la presente queja.

2°) La recurrente entiende que el rechazo de la competencia de la justicia local vulnera la garantía federal de la autonomía provincial fundada en los arts. 1°, 4° y 121 de la Constitución Nacional y 5° de la Constitución provincial, en cuanto asegura el libre goce y ejercicio de sus instituciones, entre ellas la del Poder Judicial.

3°) El fallo es equiparable a definitivo pues afecta de manera no susceptible de reparación ulterior, un específico privilegio federal (Fallos: 312:542; 314:1368 y 324:833).

Ello es así, pues que la actora tenga domicilio en el territorio de la provincia que demanda, impide que la causa tramite en la instancia originaria de esta Corte toda vez que no se cumple con el requisito de distinta vecindad (Fallos: 310:1899; 319:241), pero también determina que son los jueces locales quienes deben intervenir de acuerdo a lo establecido por los arts. 121, 122 y 124 de la Ley Fundamental (Fallos: 314:94; 320:217 entre otros).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, 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). Reintégrese el depósito de fs. 35. Vuelvan los autos a la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a los fines que corresponda. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítanse.

CARMEN M. ARGIBAY.

Recurso de hecho interpuesto por **la Dra. Marta Julia Martínez, en representación de la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud).**
Tribunal de origen: **Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 70.**

SOCIEDAD ARGENTINA DE ESCRITORES V. I.G.J.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que desestimó el recurso previsto en los arts. 16 y 17 de la ley 22.315 es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Resolución. Límites del pronunciamiento.

Corresponde tratar en primer lugar los agravios que atañen a la arbitrariedad, ya que de existir ésta, no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Falta de fundamentación suficiente.

Constituye condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean fundados, exigencia que no se orienta exclusivamente a contribuir al mantenimiento del prestigio de la magistratura sino que procura la exclusión de decisiones irregulares (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Excesos u omisiones en el pronunciamiento.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió el tratamiento de los agravios del recurrente tomando como fundamento de su decisorio los argumentos de la resolución de la Inspección General de Justicia y la normativa en que ella se sustentó (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la consideración de extremos conducentes.

Es arbitraria la sentencia que no se expidió sobre el supuesto fraude electoral denunciado por el recurrente en todas las instancias –administrativa y judicial–, prescindiendo sin dar argumentos suficientes de la producción de la prueba peticionada, cuyo examen por el *a quo* no quedó evidenciado del modo que es menester, para sustentar las conclusiones a las que arribaron en el acto jurisdiccional sujeto a apelación sobre la base de afirmaciones dogmáticas sin sustento adecuado en derecho (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia–.

INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA.

La Inspección General de Justicia tiene la atribución de declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos (art. 6°, inc. f) de la ley 22.315) y tal atribución comprende las facultades que hagan al control del cumplimiento de sus decisiones y, también, la posibilidad de ocurrir ante el juez competente para hacerlas efectivas (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 –

La Sala D, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, desestimó el recurso previsto en los artículos 16 y 17 de la ley 22.315, interpuesto por los actores, y confirmó la resolución 264/03 de la Inspección General de Justicia que no hizo lugar a la impugnación de un escrutinio correspondiente a comicios realizados en la Sociedad Argentina de Actores (v. fs. 187, 174/177, 141/147).

Para así decidir estimó que el quejoso reconoció expresamente que la designación de la Junta Electoral fue hecha en forma legal y estatutaria –v. fs. 175–; que la citada Junta y el veedor –designado por la Inspección General de Justicia a pedido de la Comisión Directiva de la SADE saliente (v. fs. 130)– desestimaron los escrutinios de 23 seccionales por la no remisión de los padrones del respectivo acto eleccionario, conforme lo exigido por el artículo 32 del Estatuto Social y el punto 4) del instructivo –v. fs. 139–; que la desaparición de toda o parte de la documentación denunciada por el quejoso hecho por el que atribuye responsabilidad a la Junta y al veedor importan la denuncia de un delito penal, que sólo puede ser verificada a través de la producción de prueba incompatible con el trámite (en relación) del recurso interpuesto; que el Tribunal no es competente para investigar el fraude electoral que se alega y que el veedor designado, doctor Tozzo, es un funcionario público, por lo que sus afirmaciones respecto de los hechos por él presenciados, hacen plena fe, de conformidad con lo normado por el artículo 993 del Código Civil.

Contra dicho decisorio el quejoso dedujo recurso extraordinario, el que rechazado, dio lugar a la interposición de la presente queja –v. fs. 188/194, 202, 210, y 49/76 del cuaderno respectivo–.

– II –

El apelante atribuye arbitrariedad a la sentencia de la Cámara. En especial destacó que el *a quo* se apartó de los agravios de su parte, no ordenó producir la prueba ofrecida que hace al derecho de defensa y debido proceso que le asiste, en cuanto consideró que la cuestión debatida recaía en el incumplimiento por parte de la Junta Electoral y del Veedor en su carácter de fiscalizador del acto eleccionario, de lo prescripto respecto del escrutinio por los artículo 33 y 34 del Estatuto Social, al que debe ajustarse en un todo el Instructivo, y que inexplicablemente fueron dejados de aplicar, con lo cual a su entender quedó configurado el fraude electoral denunciado.

Asimismo, refirió en lo atinente a la formación de la Junta Electoral, que su lista contrariamente a lo sostenido por la Inspección General de Justicia, no participó en la designación de ninguno de sus integrantes, toda vez que el señor Nassif (integrante de la Comisión saliente) no era el apoderado por ellos designado, sino que para el citado cargo y respecto de las elecciones cuestionadas habían sido elegidas la señora Sara Maffei y el señor Jorge Sichero, siendo reemplazado este último ante su renuncia por el doctor Radamés Marini –v. fs. 168 y 169–.

En dicho contexto, refiere que el decisorio recurrido lesiona la esencia del orden constitucional, cuyo primer enunciado es afianzar la justicia, carece de fundamentación legal, y excede los límites propios de la razonabilidad, por lo que no comporta una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa, con lo cual violenta el adecuado servicio de justicia.

Concluyó con que la sentencia en recurso viola principios y garantías de raigambre constitucional, en especial los artículos 18, 19 y 31 en cuanto amparan la defensa en juicio de la persona y los derechos de legalidad y supremacía de nuestra Ley Fundamental.

– III –

En primer lugar, cabe señalar, que el actor apeló la sentencia, con sustento en la arbitrariedad por falta de fundamentos del fallo de la

Alzada. Estimo, por ello, que sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas, corresponde tratar, en primer lugar, los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir ésta, no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 318:189; 319:2264, entre otros).

En este orden, cabe recordar que constituye condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean fundados (conf. Fallos: 318:189; 319:2264), exigencia que al decir de V.E., no se orienta exclusivamente a contribuir al mantenimiento del prestigio de la magistratura sino que procura, la exclusión de decisiones irregulares (v. Fallos: 236:27; 319:2264).

En tal sentido, V.E. tiene dicho que corresponde conceder el recurso por arbitrariedad, cuando se ha omitido dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, el derecho aplicable, y la prueba rendida, habiendo establecido, además, que, si los argumentos expuestos por el *a quo* han franqueado el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba, el pronunciamiento no constituye un acto judicial válido (doctrina de Fallos: 311:1656, 2547; 317:768, entre otros). Ello acontece cuando, por ejemplo –como ocurre en el caso– se ha omitido considerar elementos conducentes para decidir la controversia relativa a la responsabilidad, que, la actora atribuye a la demandada en cuanto a la forma de celebración del acto impugnado.

En mi opinión, y sin que ello implique abrir juicio sobre la resolución que en definitiva deba adoptarse sobre el fondo del asunto, estimo que le asiste razón al recurrente, en cuanto sostiene que el fallo del *a quo* omitió el tratamiento de los agravios de su parte, tomando como fundamento de su decisorio los argumentos de la resolución de la Inspección General de Justicia y la normativa en que ella se sustentó. Asimismo considero que no se expidió sobre el supuesto fraude electoral denunciado por el recurrente en todas las instancias –administrativa y judicial–, prescindiendo sin dar argumentos suficientes de la producción de la prueba peticionada –al igual que ocurrió en sede administrativa– y que a su entender resultan conducentes a la solución del conflicto, cuyo examen por el *a quo* no quedó evidenciado del modo que es menester, para sustentar las conclusiones a las que arribaron en el acto jurisdiccional sujeto a apelación, sobre la base de afirmaciones dogmáticas sin sustento adecuado en derecho, implican-

do por ello –al no contar con respaldo fáctico o jurídico– la lesión de garantías constitucionales tales como la defensa en juicio y del debido proceso.

Advierto al respecto que la Alzada, sostuvo con fundamento –interpreto– en presunciones y en los dichos de la Inspección General de Justicia, que las actas correspondientes a las Seccionales denunciadas por el actor que no fueron consideradas en el cómputo final, por no haber dado cumplimiento éstas con las pautas establecidas por el artículo 32 del Estatuto que rige la entidad. Tal afirmación sin embargo no surge acreditada, ni investigada, en las actuaciones labradas; por el contrario el recurrente acompañó prueba documental que en principio o bien no fue valorada al momento de resolver o bien lo fue en forma parcial –v. fs. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 170, 171– y que resultaba crucial, pues según venía sosteniendo en todas las instancias podría haber cambiado el resultado final del escrutinio. Más aún cuando refiere que parte de la citada documentación –supuestamente desaparecida– fue entregada a la secretaria designada por la Comisión saliente, quien sería familiar –cuñada– del Presidente saliente y entrante, y cuyo apartamiento por dicha circunstancia se había peticionado, problema que tampoco fue tenido en consideración ni por la Junta Electoral, ni por el Veedor, según éstos por carecer de facultades, circunstancia esta última que no se encuentra adecuadamente justificada en las actuaciones.

También fue motivo de queja la omisión del *a quo* respecto de la consideración de agravios vinculados al “Instructivo” que fijaba las pautas eleccionarias, desde que éste, según lo pretende el apelante, en modo alguno podía interpretarse como parece sostenerse en la instancia administrativa contrapuesto con las normas que al respecto estipulaba el artículo 33 del Estatuto Social, que dispone “...la Junta Electoral de la sede central celebrará una reunión pública para proceder al escrutinio definitivo y al cómputo electoral de las actas de todos los comicios realizados...”, agregando el art. 34 que “En el mismo acto, la Junta Electoral procederá a la adjudicación de los cargos”. Esta cuestión no fue objeto de tratamiento alguno por los jueces de la causa.

En dicho contexto la apelación debe ser admitida desde que resultaba central determinar en el *sub lite* si el punto 12) del Instructivo resulta contradictorio con las normas mencionadas en el párrafo que

antecede, y de ser así si aquel debe primar sobre las normas estatutarias, materia que no pudo omitir razonablemente ni la Alzada ni la Inspección General de Justicia, pues es decisiva para la dilucidación de la legitimidad del escrutinio realizado a puertas cerradas y en secreto, sin la participación de los fiscales o apoderados de las listas opositoras, en abierta contradicción con lo estipulado en la citada norma.

La advertencia dogmática de la Inspección General de Justicia sobre las referidas anomalías –v. fs. 145– cuando sostuvo "...Que respecto de la celebración de las elecciones cuyo escrutinio se cuestiona, debe tenerse en consideración el punto 12) del 'Instructivo' transcripto precedentemente, que si bien no se ajusta en un todo a lo prescripto por el Art. 33 del Estatuto Social... la aplicación de aquél, no modificó ni alteró el resultado del escrutinio cuestionado en la presente denuncia" (v. fs. 144 y 145), carece de precisión, desde que no especifica bases fácticas o probanzas en que se sustenta esta última afirmación, aclaración que era indispensable, cuando, reitero, el cálculo de votos cuestionado, había sido realizado en forma secreta, a puertas cerradas y sin los fiscales o apoderados de las listas opositoras.

También sostuvo la Cámara para rechazar el recurso, y confirmar la resolución administrativa, que "...el señor Veedor, doctor Luis Tozzo, es un funcionario público y por lo tanto sus afirmaciones respecto de los hechos por el presenciado, hacen plena fe (art. 993 del Código Civil)", y agrega "Que no existen constancias de que se hubiera planteado contra aquél denuncia o querella de falsedad..." (v. fs. 187 vta.). Tal afirmación estimo no se compadece con las constancias de la causa de la que surge la denuncia efectuada por el recurrente ante la Inspección General de Justicia –quien debía fiscalizar, intervenir, investigar, resolver, sancionar e incluso formular denuncias ante las autoridades judiciales, conforme lo normado por los arts. 6, 10, 11, 12 y concordantes de la Ley Orgánica del citado organismo N° 22.315–, obrante a fojas 17 de estos obrados.

Al respecto, cabe poner de manifiesto que V .E. ha sostenido reiteradamente que la Inspección General de Justicia tiene la atribución de declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos (art. 6°, inc. f) de la ley 22.315) y tal atribución comprende las facultades que hagan al control del cumplimiento

de sus decisiones y, también, la posibilidad de ocurrir ante el juez competente para hacerlas efectivas (v. doc. de Fallos: 307:198; 322:2847; 321:3201).

En tal contexto las conclusiones del *a quo*, que parten de una base meramente presuncional, y omiten considerar pruebas relevantes para la solución del litigio, como así también el derecho aplicable, distan de constituir una derivación razonable del derecho vigente de acuerdo con las circunstancias fácticas efectivamente comprobadas en el juicio.

Por ello, soy de opinión que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 6 de abril de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Juan Gabriel Labaké en la causa Sociedad Argentina de Escritores c/ I.G.J.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se desestima esta presentación directa y se da por perdido el depósito. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante cuyos fundamentos esta Corte da por reproducidos por razón de brevedad.

Por ello, con el alcance indicado, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión 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. Reintégrese el depósito. Notifíquese y remítase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por el Dr. **Juan Pablo Labaké por derecho propio.**
Tribunal de origen: **Sala D de la Cámara de Apelaciones en lo Civil.**

TRANSPORTES DEL TEJAR S.A. v. TRIBUNAL MUNICIPAL DE FALTAS – MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

El recurso extraordinario contra la sentencia que revocó la multa impuesta por aplicación del art. 76 de la ley 24.449 es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Introducción de la cuestión federal. Oportunidad. Planteamiento en el escrito de interposición del recurso extraordinario.

El planteo de incompetencia fue tardíamente introducido y no puede prosperar si aparece con posterioridad al dictado de la sentencia, en el escrito del recurso extraordinario (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos locales en general.

La ley 24.449, al momento de su sanción, era aplicable en la Ciudad de Buenos Aires como derecho local pues el Congreso Nacional aún era el órgano legislativo excluyente en la ciudad (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PERSONAS JURIDICAS.

Con la ordenanza 50.292 se pretende derogar una disposición legal expresa y establecer un régimen totalmente diferente para las personas jurídicas: convertir un sistema de responsabilidad estrictamente personal en uno de responsabilidad objetiva por el hecho del dependiente, con lo que se produce una alteración sustancial del régimen de responsabilidad que desconoce manifiestamente el "espíritu de la ley" (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PERSONAS JURIDICAS.

No sería posible afirmar que el "espíritu" de la ordenanza 50.292 tiene el propósito de mejorar la seguridad en el tránsito y que un sistema que sanciona a las personas jurídicas por las faltas de sus agentes, en tanto establece mayores responsabilidades y requisitos más estrictos acordes con las dimensiones del tránsito local protege con mayor eficacia a los ciudadanos, ya que tal argumento pierde de vista que el sistema que el legislador consideró adecuado era otro y de signo contrario (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

PERSONAS JURIDICAS.

El art. 76 de la ley 24.449 establece que las personas jurídicas pueden ser punibles, pero sólo por sus propias faltas, y no por las de sus dependientes respecto de las reglas de circulación; la responsabilidad objetiva por los resultados queda fuera de consideración, y la circunstancia de que la empresa se beneficie con la actividad del dependiente que infringe carece de significación normativa, por lo que para que las faltas cometidas por sus dependientes puedan generarles responsabilidad, habrá que demostrar una acción (u omisión) propia de la empresa y que haya contribuido de algún modo jurídicamente relevante a que su dependiente cometa la infracción (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

La finalidad de las sanciones administrativas –disciplinarias o represivas– es restaurar el orden jurídico infringido, reafirmando la vigencia de la norma, para cuyo cometido es necesario herir al transgresor en su patrimonio y no reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

INFRACCIONES.

Acertado o no, el legislador se inclinó por un sistema de responsabilidad para las infracciones de tránsito, en el que la invocación del art. 1113 del Código Civil carece de todo sustento; el carácter pecuniario de la multa no la transforma en una indemnización ni en un crédito que pueda ser satisfecho por un tercero, cualquiera que sea su interés, sino únicamente por aquel que pueda ser definido legalmente como infractor (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la consideración de extremos conducentes.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que se limitó a formular una exégesis aislada del art. 76 de la ley 24.449 en cuanto dispone la responsabilidad exclusiva de los dependientes de una empresa de transportes sin hacerse cargo de los planteos que había formulado la demandada en la contestación de la expresión de agravios respecto a la necesaria correlación de esa norma con lo dispuesto por la ley 19.691 y por los decretos 692/92, 2254/92 y 875/94 (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la fundamentación normativa.

Es arbitraria la sentencia que decidió la cuestión con la exclusiva mención de la ley 24.449 a pesar de que también debió haber considerado lo que dispone el art. 17 de la ordenanza municipal 50.292 y el art. 12 de la ley 19.691 (Código de Faltas Municipales) (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 201/212, Transportes del Tejar S.A., con fundamento en el decreto 692/92 –Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte–, en su modificatorio, el decreto 2254/92 y en el decreto reglamentario 875/94, interpuso recurso de revisión ante la Cámara Municipal de Apelaciones de la Justicia de Faltas, contra la sentencia de dicho tribunal que confirmó la de Primera Instancia, por la cual fue condena-

da a pagar una multa por infracciones de tránsito cometidas por sus dependientes en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires.

A fs. 200, dicho Tribunal rechazó el recurso interpuesto, por lo que la sociedad actora dedujo apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala D– (fs. 192/199), el que también fue desestimado por la Justicia de Faltas a fs. 191.

Transportes del Tejar S.A. recurrió en queja ante la citada Cámara (v. fs. 215/230), en los términos del art. 97, inc. b., de la ley 19.987, la cual se declaró competente de conformidad con el dictamen del Fiscal (v. fs. 232/234), con fundamento en que el litigio versa sobre una cuestión referida al poder de policía de seguridad, que comprende la policía de tránsito (v. fs. 235).

El Tribunal citado en último término decidió hacer lugar al recurso de revisión deducido por la actora, declaró aplicable al *sub lite* el art. 76 de la Ley de Tránsito 24.449 y revocó la multa impuesta a la sociedad actora (v. fs. 265).

– II –

Disconforme con dicho pronunciamiento, la Ciudad de Buenos Aires interpuso el recurso del art. 14 de la ley 48 (fs. 268/278) que, denegado por la alzada (fs. 298), originó la presente queja (fs. 40/54).

Adujo que la sentencia recurrida es arbitraria, en tanto viola los artículos 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional y, además, se aparta del derecho vigente.

Sostuvo que tampoco se tomaron en cuenta los agravios relativos a las facultades que tiene la ex-Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires de juzgar todo aquello que sea materia de contravenciones de las disposiciones locales.

Asimismo, se agravió por considerar incompetente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en razón de lo establecido por el art. 129 de la Constitución Nacional, por la ley 24.588, art. 8, el Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley Orgánica del Poder Judicial local –ley 7–, arts. 39 y 49, el Código Contravencional –ley 10–, el Código de Procedimientos Contravencional –ley 12–, y la ley 87.

A su vez, indicó que el Tribunal también omitió considerar el art. 1113 del Código Civil, que determina la responsabilidad por el hecho del dependiente.

Por último, afirmó que se configura un caso de gravedad institucional, en cuanto la cuestión excede el mero interés de las partes y atañe al de la colectividad.

– III –

A fin de evacuar la vista que se concede a este Ministerio Público a fs. 70 vta., corresponde señalar que los agravios que se vinculan con cuestiones de derecho común, procesal y público local, son materia propia de los jueces de la causa y ajenos, por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 303:509; 310:860; 311:208; 316:2844; 323:2879).

En cuanto a la doctrina de la arbitrariedad invocada por el recurrente, cabe indicar que tiene un carácter estrictamente excepcional y no puede pretenderse, por su intermedio, el reexamen de cuestiones no federales, si es que no se demuestran defectos graves de fundamentación (Fallos: 303:386), como que haya un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentos, pues de lo contrario se extendería la jurisdicción de la Corte habilitándola para revisar todas las decisiones judiciales que se dicten en el país, con menoscabo de los límites establecidos por la Constitución y las leyes (Fallos: 315:575, entre otros).

En mérito a ello, entiendo que el recurso interpuesto es formalmente inadmisible, pues considero que los agravios que se plantean constituyen meras discrepancias con la resolución adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala D–, la cual cuenta con fundamentos suficientes que, más allá de su acierto u error, bastan para sustentarla como acto judicial válido (Fallos: 316:1255, entre otros).

En consecuencia, opino que corresponde desestimar la presente queja. Buenos Aires, 3 de diciembre de 2002. *Nicolás Eduardo Becerra*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Transportes del Tejar S.A. c/ Tribunal Municipal de Faltas – Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, conforme con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se desestima la queja. Intímese al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, tómese nota por Mesa de Entradas y, previa devolución de los autos principales, archívese.

Enrique Santiago Petracchi (*según su voto*) — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Juan Carlos Maqueda (*en disidencia*) — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

Voto del señor presidente doctor don Enrique Santiago Petracchi

Considerando:

1°) Que la empresa de transporte público de pasajeros "Transportes del Tejar S.A." fue condenada en dos instancias de la Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires al pago de una multa por infracciones de tránsito cometidas por choferes dependientes de dicha empresa.

2°) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la multa impuesta por aplicación del art. 76 de la ley 24.449 ("de tránsito"), que establece que las personas jurídicas sólo son punibles por sus propias faltas, pero no por las de sus dependientes respecto de las reglas de circulación. Contra dicha decisión, la Ciudad de Buenos Aires interpuso el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 (fs. 268/278 de los autos principales), cuyo rechazo a fs. 298 originó la presente queja (fs. 40/54).

3°) Que la recurrente se agravia por considerar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil carecía de competencia para resolver en el *sub lite*, por cuanto ya se encontraba en funciones la justicia contravencional local.

4°) Que el planteo de incompetencia fue tardíamente introducido, y por lo tanto, no puede prosperar. En efecto, dicho agravio sólo aparece con posterioridad al dictado de la sentencia, en el escrito del recurso extraordinario (conf. doctrina de Fallos: 302:155 y 318:182, entre otros).

5°) Que, desde otra perspectiva, la ciudad sostiene que la decisión de la cámara prescinde arbitrariamente de lo establecido por el art. 1113 del Código Civil, que determina la responsabilidad por el hecho del dependiente, concordantemente con el art. 12 del Código de Faltas Municipales (ley 19.691). A ello agrega, además, que la ley 24.449 aplicada por el *a quo* ha sido adecuada por la ciudad por medio de la ordenanza 50.292, cuyo art. 17 dispone que, "sin perjuicio de las disposiciones del art. 76 de la ley 24.449, y por la especial índole del tránsito de esta ciudad, la cantidad de unidades de transporte y vehículos que la circulan; conforme a las atribuciones que el art. 2 de la misma ley confiere a las autoridades locales, las personas de existencia ideal serán responsables solidariamente, en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires [,] por las faltas que cometan sus agentes y personas que actúen en su nombre, bajo su amparo, con su autorización o en su beneficio...". Según el apelante, esta disposición no altera el espíritu de la ley 24.449 (conf. art. 2 de dicha ley, párrafo final), sino que la complementa, y por lo tanto, las empresas de transporte público de pasajeros deben responder por las infracciones cometidas por sus choferes.

6°) Que la ley 24.449 es aplicable en la "jurisdicción federal" (art. 1°), y a su régimen pueden adherir "los gobiernos provinciales y munici-

pales" (arts. 1° y 91). Pero, al momento de su sanción, era aplicable en la Ciudad de Buenos Aires como derecho local pues el Congreso Nacional aún era el órgano legislativo excluyente en esta ciudad. Ello, con independencia de las facultades delegadas en el Concejo Deliberante, que fue el órgano que dictó la ordenanza cuya aplicación reclama la apelante. Las normas que rigen el ámbito en que ha tenido lugar este importante caso no son, pues, de carácter federal (conf. Fallos: 304:481 y 318:1357) y, además, han sido interpretadas y aplicadas sin arbitrariedad.

7°) Que, en efecto, con relación a las faltas municipales, en la Ciudad de Buenos Aires, el art. 12 del código respectivo (ley 19.691) establece que tanto las personas de existencia ideal como las de existencia visible pueden ser responsabilizadas por las faltas que cometieran sus agentes y personas que actuaran en su nombre, bajo su amparo, con su autorización o en su beneficio, sin perjuicio de la responsabilidad que a éstas pudiera corresponder. Sin embargo, en el ámbito específico de las infracciones de tránsito, la ley 24.449 –en cuyo marco fueron impuestas las sanciones en discusión– estableció la no punibilidad de las personas jurídicas por las faltas cometidas por sus dependientes respecto de las reglas de circulación (art. 76), y en este punto, derogó la ley 19.691.

8°) Que a pesar de la prioridad normativa de las disposiciones del Congreso frente a cualquier ordenanza del Concejo Deliberante, el art. 17 de la ordenanza 50.292 pretendió modificar el art. 76 de la ley 24.449 al establecer que "...las personas de existencia ideal serán responsables solidariamente... por las faltas que cometan sus agentes y personas que actúen en su nombre, bajo su amparo, con su autorización o en su beneficio, respecto de las reglas de circulación...".

En este sentido, cabe señalar que aun si se considerara a dicho organismo como la autoridad local a los fines del art. 2 de la ley 24.449, para disponer excepcionales exigencias distintas a las de la ley y normas exclusivas, referentes "al tránsito y estacionamiento urbano, al ordenamiento de la circulación de vehículos de transporte, de tracción a sangre y a otros aspectos fijados legalmente", el ejercicio de esta facultad encuentra el límite expreso del "espíritu de esta ley" y de la "seguridad jurídica del ciudadano" (conf. art. 2, párrafo final).

9°) Que, en efecto, con la ordenanza en cuestión se pretende derogar una disposición legal expresa y establecer un régimen totalmente

diferente para las personas jurídicas: convertir un sistema de responsabilidad estrictamente personal en uno de responsabilidad objetiva por el hecho del dependiente. De este modo, produce una alteración sustancial del régimen de responsabilidad que desconoce manifiestamente el "espíritu de la ley".

10) Que tampoco sería posible afirmar que dicho "espíritu" tiene el propósito de mejorar la seguridad en el tránsito y que un sistema que sanciona a las personas jurídicas por las faltas de sus agentes, en tanto establece mayores responsabilidades y requisitos más estrictos acordes con las dimensiones del tránsito local protege con mayor eficacia a los ciudadanos. Pues tal argumento pierde de vista que el sistema que el legislador consideró adecuado era otro, y por cierto, de signo contrario.

11) Que, por otra parte, considerar que este tema constituye una mera "particularidad local" significa tanto como afirmar que el legislador, al dictar una ley nacional de tránsito –que, entre otras materias, regula el tránsito urbano– cuando todavía actuaba, al mismo tiempo, como legislador local, no tuvo en cuenta, nada menos, las características del tránsito y el transporte público de pasajeros de la Ciudad de Buenos Aires. Ello representaría una clara violación a la regla interpretativa conforme la cual no es posible presumir la imprevisión del legislador (conf. entre otros, Fallos: 310:195; 312:1614).

12) Que el examen del texto de la ley revela una clara contradicción entre la interpretación postulada por la apelante y los mecanismos normativos que pone en funcionamiento la ley 24.449. Así, el art. 76 evidencia la decisión política de reglamentar el tránsito de acuerdo con un sistema orientado al principio de culpabilidad y la regla que se deriva de él: la personalidad de la pena.

Dentro de un esquema semejante, no es posible distinguir entre el infractor, por un lado, y el obligado al pago de la multa, por el otro, como si se tratara de conceptos separables. Como regla general, ambos deben coincidir (conf. art. 75, ley 24.449).

13) Que, en esta misma línea de razonamiento, el art. 76 establece que las personas jurídicas pueden ser punibles, pero sólo por sus propias faltas, y no por las de sus dependientes respecto de las reglas de circulación. La responsabilidad objetiva por los resultados queda fue-

ra de consideración, y la circunstancia de que la empresa se beneficie con la actividad del dependiente que infringe carece de significación normativa. En consecuencia, para que las faltas cometidas por sus dependientes puedan generarles responsabilidad, habrá que demostrar una acción (u omisión) *propia* de la empresa y que haya contribuido de algún modo jurídicamente relevante a que su dependiente cometa la infracción –circunstancia que no ha ocurrido en el caso, a pesar de que la ley no lo impide–.

14) Que en este contexto, la imposición de una multa no aparece como un instrumento de "reparación del daño" ni como un instrumento de recaudación. Tal concepción, por lo demás, se identifica con el criterio de esta Corte con relación a la naturaleza de las sanciones administrativas –disciplinarias o represivas–, cuya finalidad es restaurar el orden jurídico infringido, reafirmando la vigencia de la norma, para cuyo cometido es necesario herir al transgresor en su patrimonio y no reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario (conf. Fallos: 324:3083).

15) Que, por otro lado, la orientación del sistema legal en esa dirección se vincula con la naturaleza de la materia regulada, en la que se encuentra en juego el control estatal de comportamientos socialmente beneficiosos, pero potencialmente riesgosos para los bienes y las personas, y algunos de ellos, de considerable gravedad. En este contexto, la decisión política de solucionar estos conflictos mediante sanciones de derecho administrativo o mediante el derecho penal en sentido estricto no responde a una diferenciación cualitativa, sino a una decisión del legislador. Pero sea que la sanción se ubique en el ámbito penal o en el administrativo, lo cierto es que ella produce una restricción a un derecho fundamental que sólo puede producirse respetando ciertas garantías básicas.

16) Que, salvo los casos de incompatibilidad manifiesta con el régimen estructurado por las normas específicas (conf. Fallos: 317:1541 y su cita), el Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones que la actividad sancionadora administrativa no puede ser ajena a la aplicación de principios constitucionales fundamentales, y ha rechazado, en particular, la atribución de responsabilidad por infracciones basada en criterios puramente objetivos.

Así, ya en Fallos: 271:297, "S.A. Parafina del Plata", en que se encontraba en discusión la aplicación de una multa (de derecho tribu-

tario) a una persona jurídica, se señaló que el criterio de personalidad de la pena responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea *culpable*, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. A partir de allí, numerosos precedentes destacaron la vigencia del principio de culpabilidad como presupuesto para la aplicación de una sanción (conf. Fallos: 303:1548; 312:149, 447; 316:1190 –disidencia parcial del juez Petracchi–; 316:1241 –disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio–; 316:1261 –considerando 11 del voto de la mayoría y 9° de la disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio–).

En esta misma dirección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la facultad de los estados de establecer distinciones entre distintas clases de infracciones, penales y administrativas, pero tal clasificación no debe evitar la aplicación de normas fundamentales (caso "Öztürk", del 21 de febrero de 1984, y su antecedente, el caso "Engel", del 8 de junio de 1976). Lo decisivo, por lo tanto, no es la designación jurídica de la infracción, sino su contenido, y según el TEDH, por lo general, aquellas infracciones cuyas sanciones tienen una finalidad especialmente disuasiva son de contenido penal.

17) Que, además del trasfondo del principio de culpabilidad, no es posible perder de vista que el sistema estructurado por el legislador se apoya, en gran medida, en la responsabilidad estrictamente personal también por razones de coherencia de la regulación. Pues si del texto se desprende que se pretende utilizar la multa para "disuadir" (arg. art. 82, reincidencia y progresividad de las sanciones), es razonable que se la haga recaer sobre aquellos cuyas conductas se pretende modificar en forma inmediata, y que son, además, patrimonialmente más sensibles a la sanción (en el caso, el castigo a los choferes y no a la empresa de colectivos). Esto se ve de modo manifiesto si se repara en que aquel conductor que sepa que la sanción no recaerá sobre él, no tendrá ningún motivo derivado de la amenaza de sanción para acatar la norma; y si se dejara en manos de la empresa la tarea de tomar represalias contra el dependiente por la reiteración de sus faltas, el Estado aparecería ante la sociedad imponiendo sanciones a terceros no directamente responsables, con la esperanza de que sean ellos quienes se hagan cargo de ejercer la función represiva sobre el verdadero responsable. Tal proceder, sin embargo, más allá de su mayor eficacia recaudatoria, no resultaría adecuado para resaltar la importancia de los bienes jurídicos en juego.

Por otro lado, la aplicación de criterios de responsabilidad objetiva, que permitieran que el pago fuera satisfecho por un tercero, desvirtuaría el sentido de aumentar las sanciones por reincidencia, pues ésta, según la ley, exige que la sanción anterior haya recaído sobre un "infractor" en sentido estricto.

18) Que, sin lugar a dudas, se podría afirmar que, en la realidad, ninguno de los fines propuestos por la ley se hace efectivo. Desde cierto punto de vista no debería haber mayor beneficio para las propias empresas de transporte que el hecho de que los conductores de sus vehículos observaran todas las reglas de seguridad. Sin embargo, una visión de rédito inmediato podría llevar a algunas de ellas a sentirse inclinadas a alentar las infracciones de sus dependientes con fines de supuesta eficiencia vehicular, en la medida en que tuviesen menos interés en la seguridad del transporte que en la frecuencia de los viajes. Desde esa perspectiva, parece injusto que sean sólo los choferes quienes deban responder, poniendo en riesgo, además, el efectivo cobro de las multas al hacerlas caer sobre quien tiene menos recursos.

Ciertamente, la regulación establecida en la ley no es la única imaginable, y se podría argumentar en favor de un sistema de responsabilidad con otras características. Pero, en todo caso, se trata de una discusión ajena a la función de los jueces, a quienes les está vedado valorar el mérito o conveniencia de las decisiones del legislador (conf. Fallos: 293:163; 300:642, entre muchos otros).

19) Que, acertado o no, lo cierto es que el legislador se inclinó por un sistema de responsabilidad para las infracciones de tránsito, en el que la invocación del art. 1113 del Código Civil, tal como lo pretende la parte, carece de todo sustento. El carácter pecuniario de la multa no la transforma en una indemnización ni en un crédito que pueda ser satisfecho por un tercero, cualquiera que sea su interés, sino únicamente por aquel que pueda ser definido legalmente como infractor. Y así lo entendió el *a quo*, cuya decisión cuenta con fundamentos jurídicos suficientes, y por lo mismo, no resulta pasible de la tacha de arbitrariedad.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se desestima la queja. Se intima al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que, en el ejercicio financiero correspondiente, satisfaga el depósito previsto en el art. 286 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación de conformidad con lo

prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, tómese nota por Mesa de Entradas y, previa devolución de los autos principales, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que la empresa de transporte público de pasajeros "Transporte del Tejar S.A." fue condenada en dos instancias de la Justicia Municipal de Faltas de la ciudad de Buenos Aires al pago de una multa por infracciones de tránsito que habían sido cometidas por choferes dependientes de dicha empresa.

2°) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la multa impuesta con sustento en lo dispuesto por el art. 76 de la ley 24.449 en cuanto dispone que las personas jurídicas son sólo punibles por sus propias faltas pero no por las de sus dependientes respecto de las reglas de circulación.

3°) Que el tribunal expresó que el art. 2 de dicha ley reconoce que la autoridad de aplicación –en el caso la municipalidad, hoy Gobierno de la Ciudad– puede disponer por vía de excepción exigencias distintas a esa norma y a su reglamentación pero, al mismo tiempo, señaló que tales modificaciones no deben alterar el espíritu de esta ley preservando su unicidad y garantizando la seguridad jurídica del ciudadano. Con tal argumento, sostuvo que debía ser respetado el claro límite de responsabilidad establecido en el art. 76 respecto de las empresas de transportes.

4°) Que contra esa decisión la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo originó la presentación directa de fs. 40/54.

5°) Que la recurrente se agravia por considerar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil carecía de competencia para resolver en el *sub lite* por cuanto ya se encontraba en funciones la justi-

cia contravencional. Tal agravio no puede prosperar ya que el planteo de incompetencia fue introducido tardíamente, con posterioridad al dictado de la sentencia, en oportunidad del planteo del remedio federal (conf. doctrina de Fallos: 302:155; 318:182, entre otros).

6°) Que, en cuanto a la cuestión de fondo, la recurrente tacha de arbitraria la decisión porque el art. 1113 del Código Civil determina claramente la responsabilidad por el hecho del dependiente. Asimismo, la apelante afirma que la ley de tránsito 24.449 ha sido adecuada por la Ciudad de Buenos Aires mediante la sanción de la ordenanza 50.292 en cuyo art. 17 se han estipulado normas referentes a la responsabilidad que les cabe a las personas jurídicas en la materia de autos, de modo que no puede sostenerse que esta disposición local altera el espíritu de la nueva ley de tránsito.

7°) Que el examen realizado por la sentencia de cámara a las cuestiones sometidas a su decisión resulta arbitrario porque el tribunal no ha dado un tratamiento apropiado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable, y la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le dan fundamento sólo aparente (Fallos: 312:683; 315:2514 y 323:3014).

8°) Que, en efecto, el *a quo* se limitó a formular una exégesis aislada del art. 76 de la ley 24.449 en cuanto dispone la responsabilidad exclusiva de los dependientes de una empresa de transportes sin hacerse cargo –como prescribe la doctrina de Fallos: 311:1337 y 312:396– de los planteos que había formulado la demandada en la contestación de la expresión de agravios (ver fs. 248/255 de los autos principales) respecto a la necesaria correlación de esa norma con lo dispuesto por la ley 19.691 y por los decretos 692/92, 2254/92 y 875/94.

9°) Que, por otro lado, la cámara decidió la cuestión con la exclusiva mención de la ley 24.449 –publicada el 10 de febrero de 1995– a pesar de que también debió haber considerado que el art. 17 de la ordenanza municipal 50.292 –del 8 de diciembre de 1995– expresamente dispone que “sin perjuicio de las disposiciones del art. 76 de la ley 24.449 y por la especial índole del tránsito de esta ciudad, la cantidad de unidades de transporte y vehículos que la circulan; conforme las atribuciones que el art. 2° de la misma ley confiere a las autoridades locales, las personas de existencia ideal serán responsables solidariamente, en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires por las

faltas que cometan sus agentes y personas que actúen en su nombre, bajo su amparo, con su autorización o en su beneficio, respecto de las reglas de circulación, aun cuando habiendo individualizado fehacientemente a los mismos, éstos no comparecieran a estar a derecho...".

10) Que el art. 12 de la ley 19.691 (Código de Faltas Municipales, Parte General) –norma no derogada– responsabiliza a las personas de existencia ideal por las faltas que cometen sus agentes y personas que actúen en su nombre, bajo su amparo, con su autorización o en su beneficio, sin perjuicio de la responsabilidad que a éstas pudiera corresponder.

11) Que la omisión en la ponderación de tales normas resulta particularmente relevante porque éstas debían, además, ser encuadradas en el marco normativo que surge de lo dispuesto por la ley 24.588 –del 30 de noviembre de 1995– dictada en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 129 de la Constitución Nacional y conforme el *status* jurídico reconocido a la Ciudad de Buenos Aires por el constituyente reformador de 1994. En tal sentido, el art. 5 de la ley citada establece que la ciudad de Buenos Aires será la continuadora de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y que la legislación nacional y municipal vigente seguirá siendo aplicable en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales según corresponda. Asimismo, el art. 8 consagra que la ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

12) Que la ausencia de esta necesaria correlación entre dicho sistema normativo y el art. 2 de la ley 24.449 convierte en dogmática la referencia genérica efectuada en el fallo recurrido respecto a esta norma en cuanto tal mención no reúne los requisitos mínimos para dar sustento a la sentencia (conf. doctrina de Fallos: 325:798), sobre todo cuando era imprescindible tal examen para verificar el respeto de la ley, la preservación de su unicidad y la custodia de la seguridad jurídica del ciudadano para precisar en el marco de qué normativa arribó a los resultados del decisorio impugnado.

13) Que, en tales condiciones, la sentencia recurrida aparece de tal modo desprovista de fundamentación y apoyada únicamente en afirmaciones dogmáticas, producto de la sola voluntad de los jueces que la suscriben, lo cual impone su descalificación como acto jurisdic-

cional, por existir relación directa entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto, con el alcance indicado, la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo expresado. Se declara no exigible el depósito cuyo pago se difirió a fs. 55. Agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **la Procuración General de la ciudad de Buenos Aires,** representada por la Dra. **Nilda Concepción Ruiz,** con el patrocinio del Dr. **Oscar Enrique Giglio.**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires**.

MARIA DANIELA ARRUA Y OTROS V. PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Distinta vecindad.

Para que proceda la competencia originaria de la Corte, conferida por el art. 117 de la Constitución Nacional y reglamentada por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, en las causas civiles en que una provincia es parte, resulta necesario que el otro litigante tenga distinta vecindad respecto a dicho estado local.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Distinta vecindad.

En casos de pluralidad de litigantes, todos los que están enfrentados con la provincia deben tener la distinta vecindad que les permita invocar la competencia originaria de la Corte, de conformidad con los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y con el art. 10 de la ley 48.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Causas civiles. Distinta vecindad.

Corresponde declarar la incompetencia de la Corte para entender en forma originaria si tres de los cuatro actores dicen tener su domicilio en jurisdicción de la provincia demandada, por lo cual se hallarían enfrentados una provincia con varios de sus vecinos y a nadie le es dado renunciar a los jueces de su propio fuero.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

El art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 53/66, María Daniela Arrua, Gustavo Juan Cruz Arrua, Fabricio Oscar Suarez, domiciliados en la Provincia de Buenos Aires y Franco Sebastián Man, con domicilio en la Provincia de La Pampa, promovieron demanda, ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 79, con fundamento en los arts. 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1110, 1113 y concordantes del Código Civil, contra la Policía de la Provincia de Buenos Aires, contra un sargento de esa dependencia y contra el Poder Ejecutivo Provincial –Ministerio de Justicia y Seguridad– (cfr. ampliación de demanda a fs. 121), a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito ocurrido en la Ruta Nacional N° 205, Partido de Roque Pérez, en el que fallecieron Daniel Oscar Suárez y Zunilda Esther Man, padre y madre de los actores que viajaban en un rodado, al ser embestidos –según dicen– por un vehículo perteneciente a la Provincia de Buenos Aires.

Además, solicitaron que se cite en garantía a “Provincia Seguros S.A.”, con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de conformidad con el art. 118 del decreto-ley 17.418.

Manifestaron que dirigen su pretensión contra el sargento de la fuerza policial, por ser el conductor del rodado que les provocó el daño y contra el Estado local, en su carácter de titular de dominio del citado vehículo.

A fs. 219/221, la Jueza que intervino hizo lugar a la excepción articulada por la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 151/157), de conformidad con el dictamen de la Fiscal (v. fs. 213/214) y declaró su incompetencia, al entender que el pleito corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), en instancia originaria, ya que ha sido demandado un Estado local, en una causa civil, por vecinos de otras jurisdicciones territoriales.

A fs. 232, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

Para que proceda la competencia originaria de la Corte, conferida por el art. 117 de la Constitución Nacional y reglamentada por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, en las causas civiles en que una Provincia es parte, resulta necesario que el otro litigante tenga distinta vecindad respecto a dicho Estado local (Fallos: 269:270; 272:17; 294:217; 310:1074; 313:548; 324:732, entre muchos otros).

Asimismo, cabe recordar que en casos de pluralidad de litigantes –como ocurre en autos–, todos los que están enfrentados con la Provincia deben tener la distinta vecindad que les permita invocar dicha instancia, de conformidad con los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y con el art. 10 de la ley 48 (confr. doctrina de Fallos: 295:776; 307:600; 310:849; 323:2944).

En el *sub lite*, no se cumple con dicho requisito, que en estos casos resulta esencial (doctrina de Fallos: 304:636; 311:1812; 312:1875; 313:1221; 322:1514; 323:3991, entre otros), ya que tres de los cuatro actores dicen tener su domicilio en jurisdicción de la Provincia demandada –cfr. testimonios de fs. 1/2 vta.– por lo cual se hallarían enfrentados en autos una Provincia con varios de sus vecinos (Fallos: 310:1899; 319:241), lo que obsta a la competencia originaria del Tribunal ya que a nadie le es dado renunciar a los jueces de su propio fuero (Fallos: 308:1027).

En tales condiciones, y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 312:1875; 313:936 y 1019; 317:1326; 323:2944 y 3273), opino que el proceso resulta ajeno a esta instancia. Buenos Aires, 5 de julio de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General.

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

Demanda interpuesta por **María Daniela Arrúa; Gustavo Juan Cruz Arrúa; Franco Sebastián Man y Fabricio Oscar Suárez,** representados por **el Dr. Gustavo A. Madeira y patrocinados por el Dr. Eduardo Fernando Moreira.**

Contestan demanda **el Dr. Ricardo Fernández Cattanuchi, letrado apoderado de la Provincia de Buenos Aires; y la Dra. María Gabriela Fantanali, letrada apoderada de Edgardo E. Carnotta y Provincia Seguros S.A.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 79.**

ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS
v. PROVINCIA DE SAN JUAN

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Si una entidad nacional demanda a la Provincia de San Juan, la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales que gozan ambas partes, tanto la A.F.I.P. al fuero federal, según el art. 116 de la Ley Fundamental, como el Estado local a la competencia originaria de la Corte, conforme al art. 117 de la Constitución Nacional, es sustanciando el proceso en la instancia originaria de la Corte.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) promueve ejecución fiscal, con fundamento en los arts. 92, 96 y concordantes de la ley 11.683 (t.o. en 1998, sus modificatorias y según la ley 25.239) contra la Provincia de San Juan (Secretaría de Servicios Públicos –Ministerio de Infraestructura, Tecnología y Medio Ambiente–), a fin de obtener el pago de las boletas de deuda, obrantes a fs. 1/4, en concepto de Impuesto al Valor Agregado, con más sus intereses y costas.

A fs. 13, el titular del Juzgado Federal N° 2 de San Juan se declaró incompetente al considerar que el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 C.N.), por tratarse de un juicio entre un ente nacional y una provincia.

A fs. 20, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A mi modo de ver, este proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*.

En efecto, toda vez que una entidad nacional demanda a la Provincia de San Juan, la única forma de armonizar las prerrogativas jurisdiccionales que gozan ambas partes, tanto la A.F.I.P. al fuero federal, según el art. 116 de la Ley Fundamental, como el Estado local a la competencia originaria de la Corte, conforme al art. 117 de la Constitución Nacional, es sustanciando el proceso en esta instancia (doctrina de Fallos: 308:2054; 314:830; 315:158 y 1232; 322:1043, 2038 y 2263; 323:470, 1110 y 1206; 324:2042 y 2859, entre muchos otros).

En tales condiciones, opino que la causa debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 9 de junio de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, se resuelve: Declarar la competencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General.

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

Demanda interpuesta por la **Administración Federal de Ingresos Públicos,** representada por el Dr. **Juan Eduardo Cuenca.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de San Juan.**

COSA JUZGADA.

Corresponde rechazar la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada írrita si no se hallan reunidos los requisitos a los cuales ésta se subordina, por lo que el planteo no configura sino un vano intento de ampliar los fundamentos invocados por el peticionario para sostener el recurso de reposición deducido contra el pronunciamiento que reincide en impugnar, el cual fue desestimado.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que a fs. 312/315 la parte actora promueve una acción por cosa juzgada írrita contra la resolución de fs. 302, por la que se decretó la caducidad de instancia de las presentes actuaciones.

Que en el *sub lite* no se hallan reunidos los requisitos a los cuales se subordina la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada írrita de acuerdo con la doctrina de Fallos: 254:320; 279:54; 281:421; 283:66; 323:1222, por lo que el planteo no configura sino un vano intento de ampliar los fundamentos invocados por el peticionario para sostener el recurso de reposición deducido a fs. 306/308 contra el pronunciamiento que reincide en impugnar, el cual fue desestimado a fs. 309.

Por ello, se resuelve: I) Rechazar la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada írrita planteada a fs. 312/315. II) Exhortar al doctor Edgard R. Bravo para que se abstenga de formular peticiones de improcedencia manifiesta.

En atención a lo solicitado a fs. 316, teniendo en cuenta la tarea cumplida en el incidente resuelto a fs. 302 y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 33, 39 y concs. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, se fija la retribución del doctor Alberto F. Garay, por la dirección letrada y representación de la demandada en la suma de

diecinueve mil pesos ($ 19.000). Dichos honorarios no incluyen el monto correspondiente a la contribución prevista por el art. 62, inc. 2°, de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el que deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación del profesional beneficiario con relación al régimen de seguridad social aplicable. Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

FUERZA AEREA ARGENTINA v. PROVINCIA DE LA RIOJA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Si el Estado Nacional demanda a la Provincia de La Rioja a fin de obtener el pago de una multa por faltas e infracciones aeronáuticas, la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando la acción en la instancia originaria de la Corte Suprema.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

El Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina – Dirección Nacional de Aeronavegabilidad) promovió ejecución fiscal, ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, contra la Provincia de La Rioja, a fin de obtener el pago de una multa impuesta por la Disposición 100/02, dictada en el expediente administrativo D.N.A. 2083, de conformidad con lo previsto en el art. 3°, inc. 29, del decreto del P.E.N. 2352/83, sobre Faltas e Infracciones Aeronáuticas, que quedó firme y consentida.

Manifiesta que dicha disposición constituye título hábil para promover este proceso, según el art. 211 del Código Aeronáutico (ley 17.285 y sus modificatorias), los decretos del P.E.N. 2352/83 y 1496/87 (t.o. 1999), que establece el "Reglamento de Aeronavegabilidad de la República Argentina", la Resolución 710/84 del Comando en Jefe de la Fuerza Aérea y los arts. 595, 596, 604 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A fs. 134, el Juez Federal se declaró incompetente en razón de las personas que intervienen, de acuerdo a los fundamentos expuestos por la Fiscal a fs. 133/133 vta.

A fs. 137, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

A mi modo de ver, el *sub lite* corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*.

En efecto, toda vez que el Estado Nacional demanda a la Provincia de La Rioja, opino que la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando la acción en esta instancia (confr. doctrina de Fallos: 308:2054; 311:489 y 2725; 312:389 y 1875; 313:98 y 551; 314:647; 315:1232, entre muchos otros). Buenos Aires, 24 de junio de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, se resuelve: Declarar la competencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General.

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

Demanda interpuesta por el **Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina).**
Profesionales intervinientes: **Dr. Carlos Pablo Fusaro, letrado apoderado,** con el patrocinio letrado de la Dra. **Silvana Andrea Justo.**

OBDULIO RENE GUERRIERO Y OTROS
v. PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

Siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria de la Corte Suprema, cabe la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, toda vez que, de otro modo, en tales ocasiones quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Causas en que es parte una provincia. Generalidades.

Es ajena a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema la acción dirigida contra el Consejo General de Educación de la Provincia de Santiago del Estero, con fundamento en el incumplimiento de sus autoridades de las funciones a su cargo, pues dicho Consejo es una entidad descentralizada que goza de autarquía, por lo que la provincia no aparece como titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, y no cabe tenerla como parte sustancial en la litis.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La competencia originaria de la Corte Suprema, por ser de raigambre constitucional, es de carácter restrictiva e insusceptible de extenderse.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Oscar Juárez, abogado, conforme a lo dispuesto en el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial, se presentó ante el titular del Juzgado Criminal y Correccional de la 5° Nominación de la Provincia de Santiago del Estero y solicitó la participación provisoria en la causa, en nombre de varios alumnos avanzados que cursan el "Profesorado de Historia" en el Instituto Superior del Profesorado Provincial N° 1, y promovió acción de amparo, con fundamento en la ley local 6296, en el art. 59 de la Constitución provincial, en los arts.43 y 75, inc.22, de la Constitución Nacional, contra la PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO y contra el ESTADO NACIONAL (Poder Ejecutivo).

Dirigió su pretensión a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1394/03, que regula las condiciones para la validez nacional de los títulos de formación docente de carrera bajo la modalidad presencial, que otorgan los establecimientos educativos provinciales.

Lo cuestionó, en cuanto establece que el 31 de diciembre de 2004 vence el plan de estudios de la carrera que cursan –por no ajustarse a la estructura del Sistema Educativo Nacional aprobado por ley 24.195, reglamentada por el decreto 1276/96–, con lo que perderán la posibilidad de acceder al título terciario no universitario de "Profesores de Historia" con validez nacional, lo cual lesiona, restringe altera y amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta –a su entender– el ejercicio del legítimo derecho de sus representados de aprender, estudiar, egresar y, en un futuro, trabajar como tales, en violación de los arts. 14, 16, 17, 28 y 75, incs.22 y 23, de la Constitución Nacional.

Señaló que deduce su pretensión contra la disposición emanada del Poder Ejecutivo Nacional y aplicada por las autoridades provinciales del Consejo General de Educación de la Provincia y del Instituto *ut supra* citado, que depende del primero. Las acusa de no haberles comunicado en forma fehaciente a los alumnos que el plan de estudios terminaría a fin de año, como consecuencia del vencimiento, dispuesto por el referido decreto, de la prórroga anteriormente concedida.

Asimismo, solicitó la concesión de una medida cautelar por la que se suspenda la aplicación de dicho decreto, debido a los graves e irreparables daños que les ocasiona a sus representados.

A fs. 22/22 vta., el Juez provincial se declaró incompetente para entender en el amparo, por considerar federal a la materia sobre la que versa el pleito, en tanto se cuestiona la aplicación de un decreto dictado por Poder Ejecutivo Nacional.

A fs. 29, el titular del Juzgado Federal de Santiago del Estero, a quien pasaron las actuaciones, también declaró su incompetencia, al estimar que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte en razón de las personas demandadas –una Provincia y el Estado Nacional–, a fin de armonizar prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a ambas por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

A fs. 33, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

– II –

Cabe recordar que, en principio, V.E. ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria, toda vez que, de otro modo, en tales ocasiones quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (doctrina de Fallos: 307:1379; 311:489, 810 y 2154; 312:640; 313:127 y 1062; 320:1093; 322:190, 1387 y 1514; 323:2107, entre muchos otros).

Por lo expuesto, la cuestión radica en determinar si en autos se dan dichos requisitos previstos en el art. 117 de la Constitución Nacional, entre ellos, que una Provincia participe nominalmente en el pleito –ya sea como actora, demandada o tercero– y sustancialmente, esto es, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508, entre otros).

Asimismo, corresponde recordar que esa calidad de parte debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica, más allá de la

voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 308:2621; 314:405).

A mi modo de ver, dicho recaudo no se encuentra cumplido en el *sub lite*, 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 (doctrina de Fallos: 306:1056; 308:229, 1239 y 2230, entre otros)–, pues el actor dirige su pretensión sustancialmente contra el CONSEJO GENERAL DE EDUCACION de la Provincia de Santiago del Estero, con fundamento en el incumplimiento de sus autoridades de las funciones a su cargo.

Dicho Consejo, de acuerdo con el art. 73 de la Constitución local, es una entidad descentralizada, por lo cual goza de autarquía, es decir, cuenta con una individualidad jurídica y funcional que permite distinguirla del Estado local.

En tales condiciones, al no aparecer la Provincia de Santiago del Estero como titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, pienso que no cabe tenerla como parte sustancial en la litis, toda vez que la competencia originaria de V.E., por ser de raigambre constitucional, es de carácter restrictiva e insusceptible de extenderse (Fallos: 312:640; 318:1361; 322:813), opino que corresponde declarar que esta acción de amparo es ajena a dicha instancia. Buenos Aires, 9 de junio de 2005. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir a fin 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 comuníquese al señor Procurador General y remítase al Juzgado Federal de Santiago del Estero.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Demanda interpuesta por: **Obdulio René Guerriero, Sonia Jaquelín Romano, Leire Roger Acuña, Carlos Bruno Rossi, Miguel Augusto Barrionuevo, Liz Carina Jeréz, Ernesto Rubén Juárez, Alvarado Pablo Gustavo, Carlos Humberto Herrera, Fernanda Del Valle Monserrat, Marcela Alejandra Servetto, Miriam Judith Santillán, Eduardo Agustín Sosa, Marcos Walter Michel, María Teresa Moyano de Guardo, Karina Elizabeth Rojas, Pablo Gustavo Alvarado, Natalia Sara Amalia Dimenza, Jorge Alberto Gallo Juárez, Luis Roger Sayago, Carlos Alberto Llanos, Liliana Isabel Santillán y Héctor Antonio Herrera.** Letrado Dr. **Oscar R. Juárez.**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Santiago del Estero.**

MAURICIO ALEJANDRO MUÑOZ FERNANDEZ
v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.

La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado al juzgador al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquel se dicta– de que medió un delito y de que existe posibilidad cierta de que el imputado sea su autor.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.

Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios derivados de la privación de su libertad si la situación procesal del demandante –que no llevó a su absolución sino sólo al sobreseimiento provisional– no derivó del reconocimiento por parte de los órganos judiciales intervinientes de la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva, ya que las constancias de la causa revelan una apreciación razonada de los elementos de juicio existentes hasta ese momento y en la aplicación de las normas vigentes.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.

La declaración de nulidad fundada en la existencia de intereses contrapuestos en la actuación cumplida por el defensor oficial, sin controvertir la eficacia probatoria de los elementos tenidos en cuenta para el dictado del auto de prisión preventiva, no autoriza el reconocimiento de una indemnización por la privación de libertad durante el proceso, si no corresponde prescindir de los elementos probatorios no nulos.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Casos varios.

Si el demandante fue absuelto por la única imputación en que la existencia de intereses contrapuestos podría haberle causado algún perjuicio, no media nexo de causalidad jurídicamente relevante entre la actuación irregular del defensor oficial y el perjuicio cuya reparación se pretende, y por ende, la posibilidad de imputar ese daño a la provincia demandada (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “Muñoz Fernández, Mauricio Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, de los que

Resulta:

I) A fs. 14/21 se presenta Mauricio Muñoz Fernández e inicia demanda por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires.

Explica que el hecho que genera este litigio se produjo el 18 de octubre de 1988 en oportunidad en que se vio privado de su libertad por la policía de ese Estado provincial.

A partir de entonces se produjeron actuaciones judiciales incompatibles con una elemental garantía del derecho de defensa y del debido proceso legal que llevaron a que el doctor Aló, defensor oficial que le fue asignado por el juez de turno, del Departamento Judicial de San Isidro, conculcara sus derechos al ejercer su representación a la vez que lo hacía respecto de los policías intervinientes en el procedimiento vinculado al hecho del que fue acusado. Esos policías fueron sobre-

seídos en tanto que el actor debió soportar la prisión preventiva y el comienzo de su calvario.

Era evidente, afirma, que se presentaba una colisión de intereses que impedía que el mismo funcionario representara a partes contrapuestas, lo que redundó en detrimento de sus derechos tal como lo reconoció la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia que decretó la nulidad de las piezas indicadas en su pronunciamiento. Esa indebida defensa importó que continuara un proceso viciado desde su comienzo por el que se vio privado de su libertad por el término de seis años y medio, esto es, desde el 18 de octubre de 1988 hasta el mes de marzo de 1995 en que obtuvo la excarcelación. Esa prolongada detención le causó perjuicios materiales y aflicciones espirituales. La conducta del defensor oficial –sostiene– origina la responsabilidad provincial con fundamento en los arts. 43 y 1112 del Código Civil al haber cumplido de manera irregular las obligaciones a su cargo. Por último, cuantifica los daños sufridos.

II) A fs. 50/53 contesta la Provincia de Buenos Aires. En primer lugar efectúa una negativa general de los hechos tal como se los invoca en la demanda. Dice que el actor no ha podido describir exactamente los hechos violatorios de sus derechos constitucionales. Hace mérito de los antecedentes penales que registra el demandante y sostiene que no ha mediado una irregular prestación del servicio de justicia toda vez que no existen evidencias de un error manifiesto e inexcusable por parte del órgano judicial. Señala, asimismo, que no se niega la comisión de los hechos imputados. En todo caso, agrega por último, Muñoz Fernández resultó favorecido por la conducta que atribuye al defensor oficial pues de no mediar la intervención que se le imputa, seguiría detenido.

Considerando:

1°) Que este juicio corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que según surge de la causa penal 36.262 del Juzgado Criminal y Correccional N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro agregada por cuerda, el 3 de noviembre de 1988 se dictó la prisión preventiva de Mauricio Muñoz Fernández en orden al delito de robo de automotor agravado por el uso de armas en concurso real con robo califica-

do por el uso de armas de fuego (ver fs. 107/111), medida que por excusación del juez a cargo de la causa volvió a reiterarse el 21 de junio de 1989 por el nuevo magistrado interviniente por el delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de arma (fs. 179/180). A fs. 336/349 obra la sentencia por la que se condenó a Muñoz Fernández a quince años de prisión por considerarlo penalmente responsable de los delitos antes indicados. Esa decisión fue confirmada parcialmente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de San Isidro, que redujo el monto de la condena a once años (fs. 379/386).

3°) Que, como surge de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires como consecuencia de un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el defensor del actor, se declaró la nulidad de diversas actuaciones, entre ellas los autos de prisión preventiva de fs. 107/111 y 179/180 al reconocer la existencia de intereses contrapuestos en la actuación del defensor oficial, doctor Alfredo Aló, que afectaron el derecho de defensa del actor (ver fs. 438/441).

Vuelta la causa al tribunal que debió intervenir, consideró reunidos los extremos de los arts. 183 y 184 del entonces Código Procesal Penal de la Provincia que regulaban el régimen de la prisión preventiva, aunque no hizo efectiva la detención del actor por continuar éste gozando de la excarcelación que le había sido concedida (fs. 491/492).

Planteada la nulidad de esta última decisión (fs. 510), la causa llegó a conocimiento de la Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial de San Isidro, que declaró la nulidad de los peritajes obrantes a fs. 15, 16, 41, 42, 44/45, 47 vta. y dispuso el sobreseimiento provisional del imputado en los términos del art. 382, inc. 3° del Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Buenos Aires (fs. 531/532).

4°) Que las circunstancias descriptas tornan improcedente la pretensión del actor. En efecto, como lo ha expresado el Tribunal en la causa C.1124.XXXV. “Cura, Carlos Antonio c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27 de mayo de 2004, la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado

al juzgador al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquel se dicta– de que medió un delito y de que existe posibilidad cierta de que el imputado sea su autor.

5°) Que como se ha visto, la situación procesal de Muñoz Fernández –que no llevó a su absolución sino sólo al sobreseimiento provisional– no derivó del reconocimiento por parte de los órganos judiciales intervinientes de la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva ya que las constancias de la causa revelan una apreciación razonada de los elementos de juicio existentes hasta ese momento y en la aplicación de las normas vigentes (confr. causas citadas precedentemente). En efecto, las resoluciones de fs. 107/111 y 179/180 son suficientemente ilustrativas al respecto. Cabe señalar, por último, que el actor en modo alguno alegó su inocencia ni desconoció su participación en los hechos denunciados.

6°) Que las razones indicadas conducen al rechazo de la demanda, sin que sea óbice para ello ponderación de la nulidad declarada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, pues dicha decisión no negó la existencia de los elementos objetivos tenidos en cuenta para el dictado del auto de prisión preventiva (comprobación de la existencia de un delito *prima facie* imputable al actor), sino que sólo puso de relieve la existencia de intereses contrapuestos en la actuación cumplida por el defensor oficial, pero sin controvertir la eficacia probatoria de aquellos elementos, a punto tal que, con esa orientación, la decisión de la corte local expresamente aclaró que "...las restantes piezas no son nulas, sin perjuicio de que al hacerse mérito de ellas se resuelva si son oponibles o no al procesado..." (causa penal 36.262, fs. 440 vta., cuya fotocopia obra agregada por cuerda). Por cierto, nada hay en estos autos que autorice a prescindir de los apuntados elementos probatorios no nulos para decidir como se hace.

Por ello, se decide: Rechazar la demanda seguida por Mauricio Alejandro Muñoz Fernández contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

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

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° a 5° del voto de la mayoría.

Por ello, se decide: Rechazar la demanda seguida por Mauricio Alejandro Muñoz Fernández contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Este juicio corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Según surge de la causa penal del Juzgado Criminal y Correccional N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro agregada por cuerda, a fs. 35/38 se recibió declaración indagatoria a los policías en orden al delito de lesiones en riña siendo asistidos por el defensor oficial, doctor Alfredo Aló. Asimismo, a fs. 59 obra el acta en donde consta que el señor Muñoz Fernández se negó a prestar declaración indagatoria con la asistencia del mismo defensor, en relación con la imputación por el delito de robo calificado por el uso de armas, en concurso real con tentativa de robo calificado por el uso de armas.

El 3 de noviembre de 1988 se dictó la prisión preventiva de Mauricio Muñoz Fernández, en orden al delito de robo de automotor agravado por el uso de armas en concurso real con robo calificado por el uso de armas de fuego, y se sobreseyó definitivamente a los policías en orden al delito de lesiones en riña. El juez se excusó de seguir entendiendo en la causa por considerar que había emitido opinión anticipada, al sobreseer a los funcionarios policiales procesados (fs. 107/111; 179/180).

A fs. 154 obra la designación por parte del actor de un defensor particular y con dicho patrocinio se amplió la imputación anterior y prestó declaración indagatoria en orden a los delitos de resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas calificado (fs. 168), respecto de los cuales se dictó prisión preventiva (fs. 179/180).

3°) Con posterioridad, y cuando contestó la acusación y con otro defensor particular, se agravió por lo que consideró una ausencia de defensa técnica durante la etapa sumarial, toda vez que el defensor oficial asistió al mismo tiempo a procesados con intereses manifiestamente contrapuestos. Ello así por entender que el sobreseimiento definitivo dictado en favor de los funcionarios policiales indagados, exigía ineludiblemente la existencia de una agresión ilegítima por parte del lesionado.

Finalmente, Muñoz fue condenado a quince años de prisión por considerarlo penalmente responsable de los delitos de robo de automotor agravado por el uso de armas, en concurso real con robo calificado por el uso de armas, ambos en concurso real con abuso de armas calificado (fs. 336/349). Esta decisión fue confirmada parcialmente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de San Isidro. En tal sentido, redujo el monto de la pena a once años con relación a los delitos de robo de automotor agravado por el uso de armas, en concurso real con robo calificado por el uso de armas, pero la revocó en orden al delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de armas, respecto del cual dictó su absolución (fs. 379/386).

4°) Las circunstancias hasta aquí descriptas tornan improcedente la pretensión del actor. En efecto, éste reclama los daños y perjuicios derivados de la privación de su libertad desde el 18 de octubre de 1988 hasta el mes de marzo de 1995 y señala como única causa la violación de la garantía constitucional de la defensa en juicio, al ser asistido por un defensor oficial que al mismo tiempo defendía a los policías procesados en la misma causa. Es decir, sostiene la responsabilidad patrimonial de la provincia con fundamento en el ejercicio irregular de las tareas del funcionario judicial.

Sin embargo, el hecho que el señor Muñoz Fernández alega como fundamento de la indemnización pretendida no le ha causado perjuicio alguno. En efecto, al reconocer la existencia de intereses contrapuestos, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Ai-

res decretó la nulidad de ciertas actuaciones y el proceso continuó su curso en las instancias de grado hasta desembocar en el dictado de un sobreseimiento en favor del imputado.

Por otra parte, el reconocimiento de la existencia de intereses contrapuestos, que el actor presenta como el hecho generador del daño y de la consiguiente responsabilidad provincial, no es tal, pues la restricción de la libertad no fue consecuencia del hecho denunciado como lesivo sino que tuvo su fundamento en la imputación de los delitos de robo de automotor agravado por el uso de armas en concurso real con robo calificado por el uso de armas de fuego. Es relevante señalar que el señor Muñoz Fernández fue absuelto por la única imputación en que la existencia de intereses contrapuestos podría haberle causado algún perjuicio. De tal manera que, en el caso, no media nexo de causalidad jurídicamente relevante entre la actuación irregular del defensor oficial y el perjuicio cuya reparación se pretende, y por ende, la posibilidad de imputar ese daño a la provincia demandada.

Por ello, se decide: Rechazar la demanda seguida por Mauricio Alejandro Muñoz Fernández contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

CARMEN M. ARGIBAY.

Nombre del actor: **Mauricio Alejandro Muñoz Fernández,** patrocinado por los doctores **Guillermo Ernesto Sagüés, Gabriela Andrea Cavagnaro y Eduardo O. Alonso.**
Nombre del demandado: **Provincia de Buenos Aires**, representada por el doctor **Alejandro J. Fernández Llanos** y patrocinado por la doctora **Luisa Margarita Petcoff.**

JULIO ELIAS MUÑECAS Y OTROS V. PROVINCIA DE LA PAMPA Y OTROS

MEDIDAS CAUTELARES.

Al no configurarse los presupuestos necesarios para admitirla, no corresponde hacer lugar a la medida tendiente a que se ordene a un banco el depósito de cierta cantidad de dólares o su equivalente en moneda nacional a la cotización vendedora del mercado libre a la fecha de su realización, pues si bien el dictado

de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifiquen.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

Que a fs. 154/157 el actor Julio Elías Muñecas solicita que se dicte una medida precautoria a fin de que se ordene al Banco de la Provincia de La Pampa que deposite en autos a su favor el plazo fijo 0579378 en la cantidad de dólares U$S 259.612,95 o su equivalente en moneda nacional a la cotización vendedora del mercado libre a la fecha de su realización.

Que si bien el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifiquen (Fallos: 307:2267, entre otros).

Que en el caso *sub examine* este Tribunal considera que no se configuran los presupuestos necesarios para admitirla.

Por ello, se resuelve: No hacer lugar a la medida cautelar solicitada. Notifíquese.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Medida cautelar solicitada por **Julio Elías Muñecas,** representado por el Dr. **Eduardo E. Saint Martín.**

PAN AMERICAN ENERGY LLC
v. FORESTAL SANTA BARBARA S.R.L. y Otros

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

No constituye un caso en los términos de los arts. 117 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27, la demanda cuyo único objeto consistiría en la determinación de la competencia judicial para intervenir "en toda disputa" entre las partes, pues esa cuestión deberá encontrar –en cada caso– concreta y adecuada respuesta por el "medio legal" (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) adecuado.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Para la determinación de la competencia debe estarse a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, en su caso, al derecho que se invoca como fundamento de su pretensión, ello exige que, se esté frente a un proceso o cuando menos, a un conflicto concreto, justamente aquel en el que sea preciso fijar la competencia de los jueces llamados a decidirlo.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

No constituye causa una declaración genérica de competencia respecto de potenciales conflictos entre las partes de una relación jurídica.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Inhibitoria: planteamiento y trámite.

Es improcedente la inhibitoria cuando se trata de órganos jurisdiccionales de distinta nacionalidad.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Inhibitoria: planteamiento y trámite.

El demandado en extraña jurisdicción –impedido de hacer valer la incidencia por vía de inhibitoria– debe plantear su defensa por vía de declinatoria o esperar la petición de exequátur de la sentencia extranjera y oponer la falta del requisito de competencia del juez que la dictó, y en esta oportunidad cabe también plantear las cuestiones vinculadas a la eventual vulneración del orden público interno.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Inhibitoria: planteamiento y trámite.

La improcedencia de la inhibitoria no puede sortearse recurriendo al ropaje de la acción declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si además se solicita una medida cautelar sustitutiva del efecto suspensivo que tendría el planteamiento de la cuestión de competencia en razón del territorio (art. 12 del código procesal citado).

MEDIDAS CAUTELARES.

Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

MEDIDAS CAUTELARES.

En tanto los daños y perjuicios que se reclaman en el extranjero son materia expresamente regulada por el art. 98, inc. h, de la ley 17.319 –que determina la fijación por el Poder Ejecutivo de las compensaciones reconocidas a los propietarios superficiarios–, el reclamo judicial no debe ser entendido sino como de trámite en la jurisdicción del país, por lo que –atendiendo a su verosimilitud y al peligro en la demora ante el posible dictado de un pronunciamiento– corresponde hacer lugar a la petición de declarar la jurisdicción nacional (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

PAN AMERICAN ENERGY LLC, SUCURSAL ARGENTINA –PAE– con domicilio en la Capital Federal –en su condición de titular de dos concesiones, una de explotación y otra de transporte de hidrocarburos, otorgadas por el Estado Nacional (v. decretos del P.E.N. 2175/91 y 919/95) sobre el área conocida como “Acambuco”, ubicada en la Provincia de Salta en el límite con Bolivia–, promueve acción

declarativa, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra FORESTAL SANTA BARBARA S.R.L., sociedad argentina con domicilio en la Provincia de Salta, y contra CANDLEWOOD TIMBER GROUP LLC, compañía constituida en Estados Unidos de América, con domicilio en Delaware, e inscripta en nuestro país, con sede social en la Capital, y cita como terceros al ESTADO NACIONAL (Secretaría de Energía) y a la PROVINCIA DE SALTA.

Dirige su pretensión a fin de obtener que se declare que compete a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su instancia originaria, conocer en toda disputa que se suscite entre PAE y los demandados relacionada con las operaciones que ésta realiza como concesionaria en el área Acambuco, que son motivo de la demanda radicada por los demandados ante los tribunales de Delaware, o subsidiariamente, que esa jurisdicción corresponde de manera exclusiva y excluyente a la Justicia Federal argentina o, en nuevo subsidio, a los jueces ordinarios argentinos, según las reglas internas de competencia, por estar comprometidos los intereses del Estado Nacional y de la Provincia de Salta y derechos de raigambre constitucional.

Manifiesta que Forestal Santa Bárbara S.R.L. –que es controlada (99,99 %) por Candlewood, empresa dedicada al capital aventura–, es propietaria superficiaria de parte del área Acambuco, a partir de 1998. Al momento de comprar las tierras, ésta sabía que se encontraba en el área de una concesión petrolera y, por ello, sujeta a las servidumbres que resultan de la legislación argentina, principalmente, la Ley de Hidrocarburos 17.319, con sus modificaciones, el Código de Minería, el Código Civil y su legislación y regulaciones ambientales (entre ellos, el art. 41 de la Constitución Nacional y la ley 25.675), y tenía derecho a recibir las indemnizaciones que correspondan según esa ley. En consecuencia, estaba sujeta a la legislación y a la jurisdicción de los jueces argentinos.

Sin embargo, disconforme con los diversos pagos efectuados por PAE, formuló varios reclamos indemnizatorios por dichas servidumbres, el último de los cuales lo ha hecho en los Estados Unidos de Norteamérica, eludiendo la jurisdicción argentina, que es exclusiva y excluyente, para resolver cualquier reclamo al respecto.

Señala que tomó conocimiento de dicho juicio al recibir, a principios de este año, una comunicación ordenada por la Chacery Court del Estado de Delaware (New Castle County), que la emplaza a contestar

la demanda y en el que se solicita a dicho tribunal que emita órdenes sobre el modo en que PAE debe realizar o abstenerse de realizar operaciones en Acambuco, convirtiendo así –según dice– una aventura forestal en una aventura judicial.

Indica también que la mera notificación de esa demanda produjo el efecto deseado por quienes la interpusieron, que es forzar al concesionario a suspender una concesión otorgada por el Estado Nacional sobre territorio del país, hasta obtener una declaración apropiada de la justicia argentina. Añade que ello le causa graves daños en tanto ha debido paralizar los programas de perforación que tenía trazados y corren un serio riesgo los contratos de suministro de gas que tiene celebrados con compradores argentinos y del exterior, y que, de no poder cumplir, se verá expuesto al pago de las correspondientes indemnizaciones, lo cual viola sus derechos reconocidos por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Funda la citación como tercero del Estado Nacional, porque la demanda iniciada en EE.UU. no sólo afecta sus derechos sino que compromete los intereses de la Nación, en tanto pone en cuestión 1°) el poder de policía del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional, que otorgó la concesión, sobre establecimientos de utilidad nacional, sujetos a la ley del país (art. 75, inc. 30) y a la jurisdicción de los jueces argentinos; 2°) las facultades otorgadas por la Ley de Hidrocarburos al Poder Ejecutivo Nacional para reglamentar las indemnizaciones debidas de PAE a Forestal Santa Bárbara y 3°) interfiere con la política nacional en materia de hidrocarburos y con su poder de policía en materia ambiental, la que se rige por la ley nacional 25.675, que es de orden público.

Basa la citación como tercero de la Provincia de Salta 1°) en que el art. 124 de la Constitución Nacional dispone que corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio; 2°) tiene interés económico directo en el resultado de la explotación de los hidrocarburos ubicados en su subsuelo por aplicación del régimen de regalías, las que se encuentran amenazadas por la demanda citada y 3°) también tiene interés en preservar su poder de policía en materia ambiental, que es de orden público provincial, según la ley local 7070.

Por otra parte, corresponde tener en cuenta que la actora, con fecha 17 de marzo de 2003, hizo una nueva presentación ante V.E., en

cuya virtud modifica la demanda acerca de las personas contra las cuales se dirige, circunstancia que es tomada en cuenta para evacuar la vista que V.E. corre a este Ministerio Público a fs. 34.

– II –

Cabe recordar que uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte, prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24 inc. 1° del decreto-ley 1285/58, se da cuando es parte una Provincia y la acción entablada tiene un manifiesto contenido federal. Esto es, en los casos en que la pretensión se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales, en tratados con las naciones extranjeras y en leyes nacionales, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (v. Fallos: 314:495; 315:448; 318:2534; 319:1292; 323:1146 y 1716, entre otros).

A mi modo de ver, tal hipótesis se presenta en el *sub lite*. En efecto, según se desprende de los términos de la demanda, a cuyos términos se debe acudir de modo principal para determinar la competencia (Fallos: 308:2230; 312:808; 314:417), la sociedad actora funda su pretensión en lo dispuesto en preceptos de la Constitución Nacional, en leyes nacionales y en otras normas y actos emanados del Estado Nacional, lo que asigna naturaleza federal a la materia sobre la que versa el pleito, ya que lo medular del planteamiento efectuado remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de los referidos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la justa solución de la controversia y permitirá apreciar si existe la mentada violación constitucional (Fallos: 311:2154, cons. 4°).

Por otra parte, dado que la actora cita como terceros a la Provincia de Salta y al Estado Nacional, por considerar que la controversia le es común, es mi parecer que la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste a la Nación –o a una entidad nacional– al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciando la acción en esta instancia (v. Fallos: 322:1043 y 2038; 323:470, 702, 1849 y 3873, entre muchos otros), en cuyo caso resulta indiferente la materia sobre la que versa el pleito (Fallos: 311:872).

En mérito a lo expuesto, opino que, cualquiera que sea la vecindad de la actora (Fallos: 1:485; 97:177 cons. 9 y 7; 115:167 y recientemente

313:127, 317:742 y 746 entre otros), que este proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal en instancia originaria. Buenos Aires, 19 de mayo de 2003. *Nicolás Eduardo Becerra.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 5/32 y 145/148 se presenta Pan American Energy LLC, Sucursal Argentina, e inicia acción declarativa de certeza contra Forestal Santa Bárbara S.R.L., Candlewood Timber Group LLC, John C., Gordon, y Ralph Schmidt, y solicita la intervención como terceros del Estado Nacional y la Provincia de Salta. El objeto de su pretensión consiste en una declaración de este Tribunal de su competencia originaria para "conocer en toda disputa entre PAE y los demandados relacionada con las operaciones de PAE en el Area Acambuco bajo la Concesión, que son motivo de la demanda radicada por los demandados ante los tribunales de Delaware... subsidiariamente, que esa jurisdicción corresponde de manera exclusiva y excluyente a la Justicia Federal argentina o, en nuevo subsidio, que esa jurisdicción corresponde a los jueces ordinarios argentinos según las reglas internas de atribución de competencia" (fs. 8 vta./9, "OBJETO"; en igual sentido, fs. 31 vta./32, apartado b del "PETITORIO").

2°) Que –previo dictamen del señor Procurador General– se dio traslado de la demanda (confr. fs. 154) mediante providencia dictada en los términos del art. 4 de la acordada 51/73. La codemandada Forestal Santa Bárbara S.R.L. contestó la demanda a fs. 390/401. La Provincia de Salta contestó la citación como tercero a fs. 405/406 y el Estado Nacional lo hizo a fs. 525/538.

3°) Que pendiente el trámite de notificación a la codemandada Candlewood Timber Group LLC mediante exhorto ordenado a fs. 998, la parte actora solicitó una medida cautelar con el objeto de que este Tribunal ordenara a la codemandada Forestal Santa Bárbara S.R.L. que se abstuviera de impulsar o participar en el proceso iniciado por

la citada Candlewood en su contra, ante la justicia del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, así como en cualquier otro proceso ante cualquier autoridad extranjera que verse sobre las cuestiones a las que se refiere aquella causa. Del mismo modo, solicitó que esta Corte requiriera a cualquier tribunal o autoridad extranjera la suspensión de todo procedimiento respecto de los mismos hechos y acciones, hasta tanto se dicte sentencia en autos.

4°) Que, como se advierte del relato precedente, la presente demanda no constituye un caso en los términos de los arts. 117 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27, tal como los ha interpretado la jurisprudencia de este Tribunal.

En efecto, su único objeto consistiría en la determinación de la competencia judicial para intervenir "en toda disputa" (sic, fs. 8 vta.) entre las partes. Esa cuestión deberá encontrar –en cada caso– concreta y adecuada respuesta por el "medio legal" (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) adecuado.

5°) Que es doctrina de este Tribunal que para la determinación de la competencia debe estarse a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda y, en su caso, al derecho que se invoca con fundamento de su pretensión (Fallos: 213:103; 215:381; 286:45; 305:1172; 308:229; 310:1116, 2340, 2842, 2918; 311:172, 557, 2181, 2728, 2736; 312:808, 1219; 313:1467; 314:645, 668; 315:951, 1355, 2754; 316:1777, 2906, 2907; 317:742, 809, 868; 318:298, 1792, 2386; 319:218, 308, 1411; 320:46, 2246; 321:207, 1610, 1860, 1865, 2162, 2166, 2388, 2447, 3037; 322:585, 600, 688, 1865, 2105; 323:144, 189, 455, 528, 536, 551, 780, 1542, 2992; 324:165, 272, 647, 1477, 2736, 3999, 4491, 4495; 325:483, 1130, 2311, 2687, 3074, 3077, 3398; 326:81, 1539, 2385, 3549, entre muchos otros).

La aplicación de tal principio exige que para determinar la competencia de un tribunal, se esté frente a un proceso o cuando menos, a un conflicto concreto, justamente aquel en el que sea preciso fijar la competencia de los jueces llamados a decidirlo.

6°) Que en esas condiciones, resulta manifiesto que no constituye causa en los términos de la doctrina recordada una declaración genérica de competencia respecto de potenciales conflictos entre las partes de una relación jurídica.

Si, en cambio, lo que se pretende es una suerte de inhibitoria referida al pleito concreto que tramita en el extranjero, cabe señalar que ese tipo de cuestionamiento es improcedente cuando, como en el caso, se trata de órganos jurisdiccionales de distinta nacionalidad. En este sentido, cabe estar a lo decidido por esta Corte en autos **F.445.XXXI, "Formosa, Provincia de –Serri Vittorio y otros c/ República Argentina, Provincia de Formosa y A.M.C.T.A. s/ secuestro conservatorio– s/ inhibitoria"**, sentencia del 21 de agosto de 1997.

Cabe recordar que la jurisprudencia ha resuelto unánimemente que la inhibitoria es imposible entre jueces de distintas naciones (Sentís Melendo, Santiago, *La sentencia extranjera (Exequatur)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pág. 223 y sgtes.; ver en tal sentido Fallos: 126:264). Por esa razón se ha sostenido que, en su caso, el demandado en extraña jurisdicción –impedido de hacer valer la incidencia por vía de inhibitoria– debe plantear su defensa por vía de declinatoria o esperar la petición de exequátur de la sentencia extranjera y oponer la falta del requisito de competencia del juez que la dictó (op. y loc. cit. y jurisprudencia citada en nota 46). Esta última es también la oportunidad para ponderar las cuestiones vinculadas a la eventual vulneración del orden público interno a las que entre otras alude el Estado Nacional a fs. 525/538.

La improcedencia de la inhibitoria no puede sortearse recurriendo al ropaje de la acción declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en la que además se solicita una medida cautelar sustitutiva del efecto suspensivo que tendría el planteamiento de la cuestión de competencia en razón del territorio (art. 12 del código procesal citado).

Por ello, se resuelve: Rechazar la demanda toda vez que la presentación no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional habilite la competencia ordinaria o extraordinaria de la Corte Suprema. Con costas. Notifíquese.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE
DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE
DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO
DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que la parte actora solicita el dictado de una medida cautelar a fin de que, 1°) la demandada Forestal Santa Bárbara S.R.L. se abstenga de impulsar el procedimiento o participar en el juicio "Candlewood Timber Group LLC y otros contra Pan American Energy LLC (en adelante PAE), acción civil 20.135" que tramita ante la justicia del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, y en "cualquier otro procedimiento conexo o derivado o sus contingencias"; y de iniciar, impulsar o participar en cualquier otro procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo en ese Estado, en aquel país u en otro tribunal de autoridad extranjera con relación a los hechos o acciones a que se refiere la causa mencionada; y 2°) que el Tribunal requiera a la Corte Suprema del Estado de Delaware o a cualquier otro tribunal o autoridad extranjera que pueda estar interviniendo o intervenga en el futuro la suspensión de todo procedimiento respecto de los mismos hechos o acciones. Asimismo peticiona que tales decisiones sean aplicadas hasta tanto se dicte sentencia en estos autos.

Relata que con fecha 4 de octubre de 2004 la Corte Suprema del Estado de Delaware resolvió la apelación planteada por Forestal Santa Bárbara S.R.L. en el juicio referido, y así decidió que su reclamo contra la actora puede tramitar en diferentes jurisdicciones y en consecuencia resulta debidamente iniciado ante la justicia de primera instancia de ese Estado, aunque no es excluyente respecto de la competencia argentina.

2°) Que el presente reclamo persigue que esta Corte declare que, por estar comprendidos los intereses de la Provincia de Salta y del Estado Nacional y derechos de raigambre constitucional, compete a la jurisdicción originaria conocer en toda disputa entre la actora y los demandados relacionada con las operaciones de Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) en el Area Acambuco situada en esa provincia y que son motivo, según se afirma, también de la demanda más arriba mencionada; subsidiariamente que se declare que corresponde

a la justicia federal argentina en forma excluyente y exclusiva, o en su caso a la ordinaria de acuerdo a las normas de competencia de este país.

3°) Que en forma preliminar resulta necesario considerar qué se debate en el proceso de Delaware, extremos que surgen de los documentos agregados alternadamente por ambas partes a fs. 98/142, 375/386, 580/598, 628/649, 714/726, 818/834, 911/932, 970/987 y 1038/1065. Es así que Candlewood y Forestal Santa Bárbara han enmendado por segunda vez la demanda originalmente presentada, la que en la actualidad se refiere a: 1°) se libre una orden obligando a PAE a obtener y mantener en vigencia un seguro con cobertura suficiente para daños e incendios que pudiera ocasionar su actividad en la zona recordada en el considerando 1°; 2°) a una indemnización por daños y perjuicios; 3°) a la restitución, pago y gastos de todo monto debido en relación con los hechos denunciados (ver fs. 386); puntos todos ellos vinculados directamente con la explotación hidrocarburífera que lleva adelante la empresa petrolera en tierras de aquellas empresas en virtud de la concesión de extracción otorgada por el Estado Nacional en el decreto 2175/91 y en la decisión administrativa del jefe de gabinete de ministros 18/00.

4°) Que por otra parte las demandadas en este expediente cuestionan la vía elegida pues consideran que, por un lado, la acción meramente declarativa es inadecuada para la resolución de su petición pues, según afirman, no se configura un caso sino que de lo que se trata es de un instrumento para obtener "una suerte de inhibitoria [respecto del expediente de Delaware] propuesta indebida e inoportunamente" (fs. 393 vta.). Por otro lado sostienen que el reclamo existente en extraña jurisdicción se refiere a una acción personal –no real– en la cual se piden daños y perjuicios por incumplimientos civiles, los que surgirían de acuerdo a los términos de los permisos de acceso a su propiedad que otorgó Forestal Santa Bárbara y de la correspondencia intercambiada entre las partes (fs. 392), y en consecuencia su decisión no afectaría intereses estatales ni derechos soberanos (fs. 398 vta.).

5°) Que al contestar su citación a fs. 525/538 el Estado Nacional adopta una posición diversa, y así expresa que toma intervención en el proceso "no coadyuvando sino en forma autónoma y diferenciada de PAE a fin de defender jurisdicción local y las potestades y prerrogativas del Estado Nacional en todo asunto relacionado con las concesio-

nes hidrocarburíferas otorgadas" (fs. 529); y que tiene "un interés en el pronunciamiento a dictarse [en el juicio originario] en tanto se intenta precaver una eventual amenaza de afectación sobre los principios que hacen a la soberanía del Estado Argentino frente a una eventual sentencia de un tribunal extranjero. La sentencia foránea podría aparejar a su vez –entre otros efectos– un menoscabo o alteración de las atribuciones y competencias exclusivas del Estado Nacional Argentino y de la aplicación de la ley argentina en materia de hidrocarburos inmiscuyéndose ilegítimamente en materias que son de interés público" (fs. 529 vta.).

6°) Que cabe también recordar que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956, entre muchos otros).

7°) Que resulta procedente conceder la medida cautelar pedida dado que existe suficiente verosimilitud en el derecho (art. 230, inc. 1°, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En efecto, no es aventurado considerar que los daños y perjuicios que se reclaman en el juicio de Delaware son materia expresamente regulada por el art. 98, inc. h, de la ley referente a la actividad hidrocarburífera 17.319, que determina entre otras atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional la de "fijar las compensaciones reconocidas a los propietarios superficiarios", y por su art. 100, el que establece que los "permisionarios y concesionarios deberán indemnizar a los propietarios superficiarios de los perjuicios que se causen a los fundos afectados por las actividades de aquéllos. Los interesados podrán demandar judicialmente la fijación de los respectivos importes o aceptar –de común acuerdo y en forma optativa y excluyente– los que hubiere determinado o determinare el Poder Ejecutivo con carácter zonal y sin necesidad de prueba alguna por parte de dichos propietarios". Resulta inequívoco que el reclamo judicial al que se refiere este párrafo no puede ser entendido sino como de trámite en la jurisdicción del país.

8°) Que la existencia de dichas normas otorgan verosimilitud a la petición respecto de la sentencia que en definitiva se dicte en estas

actuaciones, esto es, como se recordó, la declaración de jurisdicción nacional para entender en la aplicación del derecho respecto de los hechos relatados por ambas partes. A ello se agrega la posibilidad de que se altere la situación de hecho y de derecho de este reclamo, y de que tal modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible, como ocurriría en el caso si la demanda de Delaware continuara su procedimiento y las autoridades jurisdiccionales norteamericanas dictaran un pronunciamiento fijando la relación jurídica entre las partes (inc. 2° del artículo citado del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

9°) Que a la misma conclusión conduce el requisito del peligro en la demora (art. 232, código citado), pues a partir del pronunciamiento del 4 de octubre de 2004 de la Corte Suprema de Delaware la vía judicial ha quedado habilitada para la causa allí iniciada.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, 1. ordenar a la demandada Forestal Santa Bárbara S.R.L. que se abstenga de impulsar el procedimiento o participar en el juicio "Candlewood Timber Group LLC y otros contra Pan American Energy LLC, acción civil 20.135" que tramita ante la justicia del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, y en cualquier otro procedimiento conexo, o derivado o sus contingencias; y de iniciar, impulsar o participar en cualquier otro procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo en el Estado de Delaware, en aquel país o en otro tribunal de autoridad extranjera con relación a los hechos o acciones a que se refiere la causa mencionada; y 2. solicitar a la Corte Suprema del Estado de Delaware la suspensión del proceso referido. Para hacer efectiva la medida notifíquese a Forestal Santa Bárbara S.R.L. al domicilio constituido en autos, y a la Corte Suprema de Delaware por exhorto, el que será firmado por el presidente del Tribunal y contendrá la forma de estilo (art. 132, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Demanda interpuesta por **Pan American Energy LLC, sucursal argentina,** representada por **los Dres. Pedro P. Lessa y Francisco Romano** y patrocinados por **los Dres. Sergio Le Pera y Alberto F. Garay.**
Contesta demanda **Forestal Santa Bárbara** representada por **el Dr. Carlos H. Franco** y patrocinada por **el Dr. Guillermo R. Moncayo; Provincia de Salta** representada

por **el Dr. Rodolfo J. Urtubey, fiscal de Estado** y patrocinada por **el Dr. Edgardo C. Martinelli; Estado Nacional,** representado por **las Dras. Silvia M. Palacios, María Cecilia Pintos Prat y María Ida A. Ricardone** y patrocinado por **el Dr. Horacio D. Rosatti.**

ROBERTO LUIS PAUTASSO Y OTROS V. FONDO DE GARANTIA Y RECOMPRA DEL PPP TELECOM ARGENTINA Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Varias.

Si la acción que se dirige no sólo a obtener la liquidación del dividendo y posterior cobro de ciertas acciones clase "c" cuya titularidad le correspondería a los accionantes derivada de la privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, sino que además se dirige contra el Interventor Judicial de la Administración del Fondo de Garantía cuya designación fue decretada por un tribunal de la justicia federal, a fin de evitar conflictos de orden jurisdiccional o el posible dictado de sentencias contradictorias, las actuaciones deben seguir su trámite ante dicho fuero.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

Surge de las actuaciones que los actores en su carácter de ex empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones promovieron demanda por ante el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N° 9, contra los Administradores Liquidadores del Fondo de Garantía y Recompra existente en el marco del Programa de Propiedad Participada de Telecom Argentina Stet France Telecom S. A. y/o su Interventor Judicial y contra el Banco Ciudad de Buenos Aires, en su carácter de fideicomisario de tal operatoria.

Se desprende asimismo que el objeto de la acción es que se liquiden las sumas obtenidas por la venta de dicho Fondo y se realice la

consiguiente división del condominio existente, en virtud de lo resuelto por el Acuerdo General de Transferencia, las Asambleas de Representantes y los decretos reglamentarios N° 584/93 y N° 1623/93. Fundaron su reclamo en la Ley N° 23.696 y en los decretos N° 1105/89; 731/89; 62/90; 2584/91; 2423/91; 395/92; 1834/93; 682/95 y 484/98 (fs. 20/26).

A fojas 27 y vta., el citado Magistrado Federal se declaró incompetente para entender en la causa, decisión que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en cuanto atribuye competencia *ratione materiae* para conocer en la causa a la justicia comercial, con fundamento en que no se dan los extremos que justifiquen la actuación de la justicia de excepción al no haber sido demandado en el *sub lite* el Estado Nacional, ni encontrarse controvertidos aquellos aspectos relativos al proceso de privatización o cuestionado la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Citó, en tal sentido, la doctrina de V.E. emanada del precedente "Ferraro" publicada en Fallos: 322:692 (43/44 y vta.).

A fojas 49 y vta. el titular del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 9, de conformidad con el dictamen de la Sra. Fiscal General, resistió la radicación de la causa con base en los argumentos dados por V.E. en la doctrina de "Albornoz" (Publicada en Fallos: 321:3037).

En tales condiciones, se suscita un conflicto de competencia que corresponde dirimir a V.E., en virtud de lo dispuesto por el artículo 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Cabe señalar, en primer lugar, que la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda, a las que se tiene que atender a fin de determinar que tribunal es competente para entender en la causa (Conforme artículo 5°, inciso 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 303:1453 y 313:1467, entre muchos otros), se desprende que la misma se dirige no sólo a obtener la liquidación del dividendo y posterior cobro de ciertas acciones clase "c" cuya titularidad le corresponderían a los accionantes derivada de la privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, sino que, además, se acciona contra los Administradores del Fondo de Garantía y/o el Interventor Judicial –designado en una medida decretada por un

juez federal– y el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, en su calidad de Fideicomisario, a quienes se les imputa haber incumplido con los deberes a su cargo.

En tal contexto, y toda vez que la acción se dirige contra el Interventor Judicial de la Administración del citado Fondo cuya designación fue decretada por un tribunal de la justicia federal con sede en la Provincia de Mendoza –conforme a los dichos de los accionantes (Ver fojas 21 *in fine*)–, estimo, que a fin de evitar conflictos de orden jurisdiccional o el posible dictado de sentencias contradictoras, las presentes actuaciones deben seguir su trámite ante el juzgado federal con sede en jurisdicción provincial.

Por lo expuesto, y desde que no surge de autos cuál ha sido el tribunal federal que en concreto ha intervenido conforme se hizo referencia *supra*, estimo que las presentes actuaciones deberán remitirse a la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza a sus efectos. Buenos Aires, 27 de abril de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la justicia federal con asiento en la provincia de Mendoza, a la que se le remitirán por intermedio de la cámara de apelaciones respectiva. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 9, por intermedio de la Sala I de la cámara de apelaciones de dicho fuero y al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 9.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

ROBERTO CIRILO PERDIA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

No existe óbice alguno para que la Corte dirima el conflicto de competencia entre la justicia de faltas de la Ciudad de Buenos Aires y la justicia criminal y correccional federal de acuerdo con lo normado en el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58 si, más allá del carácter administrativo que reviste la justicia de faltas, ejerce también funciones jurisdiccionales.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Es presupuesto necesario para la existencia de una concreta contienda negativa de competencia que los jueces entre quienes se suscita se la atribuyan recíprocamente, lo que no sucede si el magistrado nacional no asignó competencia al juez local, sino que se limitó a devolver el legajo al declinante alegando deficiencias procesales en el planteo de incompetencia.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Causas penales. Delitos que obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones nacionales.

Si el magistrado federal no cuestionó su competencia en el hecho materia de investigación y para otorgar el conocimiento de la causa a la justicia de excepción resulta necesaria la interrupción efectiva del servicio público interjurisdiccional o de vías de comunicación de esa índole, corresponde a dicho fuero continuar el trámite del proceso.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

ACCION PENAL.

El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional (art. 28 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

Si el magistrado nacional no asignó competencia al juez local, sino que se limitó a devolver el legajo al declinante alegando deficiencias procesales en el planteo de incompetencia, corresponde devolver las actuaciones al juez contravencional, quien debió haber dispuesto el archivo de las actuaciones si consideraba que el hecho no constituía una contravención, ya que el art. 28 del Código Contraven-

cional establece que no hay concurso ideal entre delito y contravención (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

Entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en la causa instruida contra Roberto Cirilo Perdía.

Surge de las actuaciones que el 17 de octubre del año 2002, un grupo de "piqueteros" conducido por el nombrado, cortó la Avenida General Paz, a la altura de la calle Fragueiro, en esta ciudad, circunstancia que generó un entorpecimiento del tránsito vehicular por aproximadamente dos horas.

La justicia contravencional, luego de que el fiscal formulara requerimiento de elevación a juicio, declinó su competencia en favor del fuero federal al considerar que la conducta a investigar constituye una infracción al artículo 194 del Código Penal, en tanto habría entorpecido en forma directa y prioritaria el servicio público de transporte que brinda la autopista General Paz (fs. 99/100).

El magistrado federal, por su parte, rechazó tal atribución. Sostuvo, en primer término, que no existe la posibilidad de que un órgano extraño a la jurisdicción penal local o federal pueda otorgar competencia a un juzgado criminal.

Agregó que el juez contravencional debió archivar las actuaciones y disponer la extracción de testimonios para la investigación del presunto delito y no inhibirse, como ocurrió en autos –el artículo 28 del Código Contravencional prescribe que no puede haber concurso ideal entre delito y contravención–, circunstancia que implicaría que ambos procesos continúen abiertos, contra una misma persona y por un

mismo hecho, en violación al principio constitucional *"non bis in idem"* (fs. 158/162).

Con la insistencia del juzgado de origen quedó trabada esta contienda (fs. 177).

Considero que no existe óbice alguno para que el Tribunal dirima el presente conflicto de acuerdo con lo normado en el artículo 24, inciso 7°, del decreto ley 1285/58 ya que, más allá del carácter administrativo que reviste la justicia de faltas, ejerce también funciones jurisdiccionales (Fallos: 303:1506; 306:201 y 313:1169, entre otros).

Tiene decidido V.E. que es presupuesto necesario para la existencia de una concreta contienda negativa de competencia que los jueces entre quienes se suscita se la atribuyan recíprocamente (Fallos: 304:342 y 1572; 305:2204; 306:591; 307:2139; 311:1965 y 314:239, entre otros), lo que no sucede en el *sub lite*, dado que el magistrado nacional no asignó competencia al juez local, sino que se limitó a devolver el legajo al declinante alegando deficiencias procesales en el planteo de incompetencia.

Para el supuesto de que el Tribunal, por razones de economía procesal y atendiendo a la necesidad de dar pronto fin a la cuestión, decidiera dejar de lado este reparo formal, me pronunciaré sobre el fondo de la misma.

Habida cuenta que el magistrado federal no cuestionó su competencia en el hecho materia de investigación, y que V.E. tiene decidido que para otorgar el conocimiento de la causa a la justicia de excepción a este respecto, resulta necesaria la interrupción efectiva del servicio público interjurisdiccional o de vías de comunicación de esa índole (Fallos: 307:650 y 324:270), circunstancias que se habrían comprobado en autos (fs. 2, 5, 7/9 y 20), estimo que ante dicho fuero debe continuar el trámite de este proceso.

Por lo expuesto, y sin antes remarcar que el ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional (artículo 28 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), como bien lo indican la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y el representante de este Ministerio Público (fs. 146 y 169/170), opino que corresponde atribuir competencia a la justicia federal. Buenos Aires, 22 de noviembre de 2004. *Luis Santiago Gonzalez Warcalde.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

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 Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que, como lo señala el señor Procurador Fiscal en su dictamen, es presupuesto necesario para la existencia de una concreta contienda negativa de competencia que los jueces entre quienes se suscita se la atribuyan recíprocamente (Fallos: 307:2139 y 311:1965, entre muchos otros), lo que no sucede en el *sub lite*, dado que el magistrado nacional no asignó competencia al juez local, sino que se limitó a devolver el legajo al declinante alegando deficiencias procesales en el planteo de incompetencia.

Que, en tales condiciones, corresponde devolver las actuaciones al juez contravencional, quien, por otra parte, debió haber dispuesto el archivo de las actuaciones si consideraba que el hecho no constituía

una contravención –sin perjuicio de la extracción de testimonios para que se investigara la presunta comisión de un delito–, toda vez que el art. 28 del Código Contravencional establece que no hay concurso ideal entre delito y contravención.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que deberán remitirse estas actuaciones al Juzgado Contravencional N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sus efectos. Hágase saber al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11.

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

JUAN CARLOS ROSELLI
v. ROBERTO GUILLERMO VELAZQUEZ VERA Y OTRO

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Daños y perjuicios.

Si las acciones se originan en un mismo hecho, un accidente de tránsito con el resultado de varias víctimas fatales, razones de conexidad y seguridad jurídica aconsejan que ambos procesos tramiten acumulados ante un mismo tribunal al existir identidad de sujetos, objeto y causa, y el tribunal que debe entender es el provincial al ser el órgano judicial previniente y si ante dicha jurisdicción ocurrió el ilícito que sustenta el reclamo y si el domicilio del lugar del hecho resulta común a las partes y determinante por previsión legal para la radicación de la causa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

El Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro. 3, del Departamento Judicial de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos y

el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 66, discrepan en torno a la competencia para entender en la causa “Orzusa, Atilio y otros c/ Arzarello, María y otros s/ daños y perjuicios”.

El Magistrado a cargo del Juzgado Provincial, solicitó al tribunal nacional se inhibiera de seguir entendiendo en dicha causa, al considerar que correspondía intervenir a la justicia local en una demanda por daños y perjuicios deducida contra un particular y su aseguradora, por cuanto ésta –dijo– actuó como citada en garantía a tenor de lo dispuesto por el art. 118 del decreto ley 17418/67. En tales circunstancias, su intervención es accesoria con respecto a la relación principal entre el damnificado –actor– y el demandado asegurado.

El Juzgado Nacional se opuso alegando que cuando se cita en garantía al asegurador, resulta facultativo para el damnificado interponer la demanda ante el Juez del lugar del hecho, del domicilio del demandado o de la casa matriz de la compañía aseguradora, como así también de cualquier agencia o sucursal de ella, pues el art. 118 de la ley 17.418, no hace distinción entre domicilio de la central o de agencia-sucursal.

En tales condiciones suscita una contienda de competencia positiva que debe resolver V.E., de conformidad con el art. 24, inciso 7mo. del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

Cabe señalar de inicio que las acciones que tramitan en ambos tribunales se originan en un mismo hecho, un accidente de tránsito con el resultado de varias víctimas fatales y que el accionante en la causa en trámite ante el juzgado provincial tiene como demandados a los actores en la causa iniciada en la jurisdicción nacional (ver fs. 50/53 y 66/84 de ambos procesos).

Advierto, por otra parte, que el proceso iniciado en jurisdicción provincial, lugar donde ocurrió el siniestro, se inició con anterioridad al promovido en sede civil (el 18 de junio y el 19 de diciembre del mismo año respectivamente).

Conforme a lo expuesto cabe señalar, en primer lugar, que razones de conexidad y seguridad jurídica aconsejan que ambos procesos tramiten acumulados ante un mismo tribunal al existir identidad de sujetos, objeto y causa (reclamo indemnizatorio derivado de un mismo

hecho, hallarse en dichas causas involucrados los mismos sujetos y tramitar ambas como procesos de conocimiento).

Considero asimismo que el tribunal que debe entender en los dos juicios es el juzgado provincial. Así lo creo por ser el órgano judicial previniente ; porque ante dicha jurisdicción ocurrió el ilícito que sustenta el reclamo de los resarcimientos lo cual habilita su competencia (art. 5to. inc. 4to. del C.P.C.C.) y porque en ambos procesos las partes principales tienen su domicilio en jurisdicción ajena a la ciudad de Buenos Aires, por lo cual el domicilio del lugar del hecho resulta común a las partes y determinante por previsión legal para la radicación de la causa.

Por todo ello, opino que V.E. debe resolver el conflicto declarando que corresponde seguir entendiendo en el proceso iniciado en el Juzgado Nacional en lo Civil, al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 3 del Departamento Judicial de Gualeguaychú Provincia de Entre Ríos, al que habrán de remitirse las actuaciones. Buenos Aires, 3 de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 66.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

CESAR JOSE BARBAGELATA
v. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Generalidades.

A los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos que el actor efectúa en la demanda –art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión, así como también a la naturaleza de la relación jurídica entre las partes.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Usufructo.

Si el reclamo consiste en una declaración judicial que establezca que ha desaparecido toda restricción al dominio originada por el derecho real de usufructo sobre una bóveda, resulta competente la justicia civil ya que a los efectos de resolver las cuestiones planteadas resultan aplicables normas y principios propios del derecho privado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La presente contienda negativa de competencia se origina en la presentación realizada por César José Barbagelata a fin de obtener que se declare que se extinguió la prohibición de exhumar los cuerpos que se encuentran en el interior de la bóveda que adquirió en el cementerio de la Chacarita. Expresa que, al haberse producido el deceso de Jorge Eduardo Insaurralde, cedente del sepulcro, se canceló el usufructo establecido a su favor, respecto de la conservación de los restos de su padre, motivo por el cual solicita que se ordene tomar razón de la nueva situación y se realicen las modificaciones registrales pertinentes (v. fs. 22 y manifestaciones de fs. 94 y 101/102).

– II –

A fs. 26/27, la titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 28 –en contra del dictamen fiscal– se declaró incompetente para entender en el pleito, al considerar que se habían puesto en funcionamiento los tribunales locales que deben entender en materia contencioso administrativa y que las cuestiones debatidas encuadran dentro del marco normativo de disposiciones dictadas por la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires –hoy Gobierno de la Ciudad– (art. 3° del decreto municipal 17.559/51 y 1° de la ordenanza 27.590).

Remitidas las actuaciones al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y luego de realizar diversas diligencias tendientes a precisar el objeto de la pretensión, su titular también declaró su incompetencia. Para así decidir, infirió que el contrato de cesión de derechos celebrado entre Barbagelata e Insaurralde involucraba un usufructo y un cargo, y que éste último es el que le impide disponer del sepulcro. Puso de relieve que ello logró determinar recién con la presentación de fs. 101/102 –en el cual la actora hizo referencia a la existencia del cargo que le había sido impuesto– y pudo así precisar el objeto de la demanda. Por ello, al perseguirse la declaración de la insubsistencia del cargo asignado por el cedente, sostuvo que se trata de una cuestión de carácter civil que debe ser debatida con los beneficiarios de dicho elemento accesorio de la relación jurídica y ordenó la devolución de las actuaciones a la Justicia Nacional en lo Civil (v. fs. 103/105).

Dicho pronunciamiento fue apelado por la actora a fs. 108 y a su turno, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (Sala I), en contra de lo dictaminado por la Fiscal a fs. 118/120, confirmó la decisión del *a quo* por similares fundamentos (v. fs. 122/124).

A su turno, la jueza civil mantuvo su posición y elevó las actuaciones a V.E.

– III –

En tales condiciones, ha quedado trabado un conflicto negativo de competencia, que corresponde dirimir a V.E. en virtud de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– IV –

A los efectos de dilucidar las cuestiones de competencia, es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos que el actor efectúa en la demanda –art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (Fallos: 308:2230; 324:4495; 323:470 entre otros), así como también a la naturaleza de la relación jurídica entre las partes.

De la exposición de fs. 94 y 101/102 surge que la pretensión del actor en el *sub lite* es que "*se declare que por fallecimiento de Jorge Eduardo Insaurralde, y al cesar en virtud de ese hecho el usufructo constituido sobre el sepulcro de autos (artículo 2920 del Cod. Civil), ha desaparecido toda obligación originada en el derecho real de usufructo que ha llegado a su fin. Asimismo... que se indique al cementerio que en razón de lo anterior debe anotarse en el registro que el dominio del sepulcro queda en cabeza...* [del actor]... *sin ninguna condición o limitación que hubiera sido creada por el usufructo desaparecido... sin perjuicio de las obligaciones que correspondan al titular de dominio en su carácter de tal y no como obligado por el usufructo*". Por ende, el reclamo consiste en una declaración judicial que establezca que ha desaparecido toda restricción al dominio originada por el derecho real de usufructo.

En tales condiciones, entiendo que la justicia civil es competente, puesto que, a los efectos de resolver las cuestiones planteadas en la litis, resultan aplicables normas y principios propios del derecho privado.

Por otra parte, se advierte que sólo luego de las medidas adoptadas de oficio por el tribunal de la Ciudad –ante las imprecisiones del escrito inicial de fs. 22– se logró determinar jurídicamente el reclamo del actor, circunstancia que lo llevó a declarar su incompetencia, sin que se hubiera dictado ningún acto jurisdiccional válido que permita radicar el proceso ante la justicia local (doctrina de Fallos: 324:2338).

– V –

En virtud de lo expuesto, opino que la presente causa debe continuar su trámite ante la Justicia Nacional en lo Civil, por intermedio

del Juzgado N° 28 que previno. Buenos Aires, 6 de octubre de 2004. *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 28, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — RICARDO LUIS LORENZETTI.

RODOLFO MENARDI v. BANCO FRANCES S.A.

ACUMULACION DE PROCESOS.

No se configura identidad entre los sujetos demandados ni de causa que habilite la acumulación conforme al art. 188 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si resulta evidente que los juicios no sólo se hallan en distintas etapas procesales, sino también en distintas instancias en virtud de la apelación, lo que no permite su sustanciación conjunta.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

La Corte Suprema tiene facultades para declarar la competencia del magistrado que por ley corresponde aunque el conflicto se haya trabado sin su intervención.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al conocer en virtud del recurso de apelación incoado por el actor contra el decisorio del juez de grado, dispuso la acumulación de este juicio a la acción de amparo iniciada por el actor contra el Poder Ejecutivo Nacional, en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, en el que se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los decretos 1570/01 y 214/02 –corralito financiero– (v. fs. 45; 50/53 y 56 y vta.) en virtud de la estrecha vinculación de la materia debatida en ambos procesos.

El magistrado Nacional no admitió el desplazamiento dispuesto por dicho tribunal de alzada, con fundamento en que los juicios no reúnen los requisitos de la triple identidad de sujeto, objeto y causa ni se encuentran en la misma etapa procesal, señalando que en uno de los procesos ya se dictó sentencia, la que se encuentra apelada (v. fs. 63 y vta).

En tales condiciones, quedó planteado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a V. E. en los términos del art. 24 inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

– II –

Es del caso señalar que, en el presente juicio el actor persigue una acción contra el Banco Francés S.A. con el objeto de obtener una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la indisponibilidad de su capital depositado en dicha institución financiera, circunstancia ésta, que permite sostener que no se configura identidad entre los sujetos demandados ni de causa que habilite la acumulación –conforme art. 188 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– (Ver doctrina de Fallos: 316:3053), máxime, cuando resulta evidente que los juicios no sólo se hallan en distintas etapas procesales, sino también en distintas instancias, en virtud de la apelación,

como se dijo, de la sentencia recurrida, extremo que no permite, reitero, su sustanciación conjunta (v. sentencia del 31 de diciembre de 1987, Competencia N° 548, L. XXI "Navarro, Roque Leonide c/ Línea 32 "El Puente S. A. de Transporte" y otro s/ daños y perjuicios" (Fallos: 310:2944), como así también, sentencia del 28 de noviembre de 1989, Competencia N° 638, L. XXII "Martínez, Marta Graciela c/ Vitulio, Italo s/ daños y perjuicios" (Fallos: 312:2345) y más recientemente, sentencia del 8 de agosto de 1996, Competencia N° 621, L. XXVIII, "Asociación Trabajadores del Estado c/ Corrientes, Provincia de s/ inconstitucionalidad" (Fallos: 319:1397)).

Por ello, dentro del limitado marco cognoscitivo en el que se deben resolver las cuestiones de competencia y toda vez que de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, la relación jurídica que vincula a las partes se encuentra –*ab initio*– regida por leyes de naturaleza civil – conf. art. 42 primer párrafo del decreto 1285/58, texto según ley 24.290–, considero que V. E. debe dirimir la contienda desestimando la acumulación dispuesta por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y resolver que estas actuaciones continúen su trámite ante la Justicia Nacional en lo Civil, dadas las facultades del Máximo Tribunal, de declarar la competencia del magistrado que por ley corresponde aunque el conflicto se haya trabado sin su intervención (Ver Doctrina de Fallos: 256:18; 282:242 y más recientemente en autos: "Ramírez Omar c/ P.E.N. y otro s/ daños y prejuicios", S.C. Comp. N° 2038, L. XXXIX, sentencia del 24 de febrero de 2004 (Fallos: 327:263). Buenos Aires, 21 de febrero de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones la Justicia Nacional en lo Civil, a la que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 4, por intermedio de la Sala II de la cámara de

apelaciones de dicho fuero y al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

ANDREA DE ARZA Y OTRO V. PODER EJECUTIVO NACIONAL

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Fuero de atracción.

Si no se encuentra dilucidado con certeza si el crédito pretendido está comprendido en el marco del art. 35 bis de la ley 25.780 de Entidades Financieras y se demanda a un banco en estado de falencia, resulta aplicable la regla del fuero de atracción que establece los efectos que se derivan de la declaración de quiebra en cuanto resultan atraídas por el juicio universal todas las causas de contenido patrimonial iniciadas contra el fallido, con las únicas excepciones previstas en el art. 132 de la ley 24.522.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

– I –

La Sala V de la de Cámara Contencioso Administrativo Federal resolvió el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 y Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 14 y dispuso la remisión de la causa al Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 8 con fundamento en la doctrina publicada en Fallos: 326:4019 “Viejo Roble S.A. c/ Bank Boston NA s/ acción meramente declarativa” (v. fs. 175/176). Este último tribunal se opuso a la radicación alegando que el tribunal

de alzada omitió pronunciarse sobre la procedencia del fuero de atracción de la quiebra del Scotiabank y que excedió el ámbito de su jurisdicción al resolver asignar la competencia en razón de la materia a un tercer magistrado (v. fs. 175/176).

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24 inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

– II –

Más allá del modo en que quedó trabada la contienda, estimo que V.E. debe avocarse a dirimir la cuestión, a fin de evitar un dispendio jurisdiccional o una posible privación de justicia, de conformidad con lo dispuesto en la última parte de la norma citada *ut supra*.

Cabe señalar en primer lugar que la actora ejerció su derecho de optar por continuar el juicio contra el codemandado fallido –Banco Scotiabank–, conforme se desprende de las constancias de fs. 159, motivo por el que considero que resulta aplicable al caso el artículo 133, párrafo 2° de la ley 24.522 que dispone que en estos casos, la acción debe proseguir ante el tribunal donde esté radicado el proceso universal con la intervención del síndico.

Ahora bien, desde que no se encuentra dilucidado con certeza si el crédito pretendido en autos está comprendido en el marco del artículo 35 bis de la Ley 25.780 de Entidades Financieras y como se dijo en los presentes obrados se demanda al –Banco Scotiabank– en estado de falencia, estimo que resulta aplicable la regla del fuero de atracción que establece los efectos que se derivan de la declaración de quiebra en cuanto resultan atraídas por el juicio universal todas las causas de contenido patrimonial iniciadas contra el fallido, con las únicas excepciones previstas en el artículo 132 de la ley 24.522 (Fallos: 323:2019, 2302 entre muchos otros).

Opino, por ende y sin que ello importe adelantar opinión respecto a la admisibilidad de la pretensión contra la fallida que, las presentes actuaciones deberán quedar radicadas ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 14, donde tramita la quiebra del Banco Scotiabank. Buenos Aires, 1° de abril de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 14, al que se le remitirá.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 y la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.**

MANUEL MOURE v. PODER EJECUTIVO NACIONAL y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Cuestiones de competencia. Intervención de la Corte Suprema.

Si bien el conflicto no se encuentra debidamente trabado, razones de celeridad y economía procesal hacen aconsejable que la Corte haga uso de la atribución conferida por el art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58 y que se pronuncie sin más dilaciones sobre la radicación definitiva del expediente.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

El estado de emergencia económica se proyecta por igual sobre relaciones regidas tanto por el derecho público como por el derecho privado y la existencia de un estado de esa naturaleza –que supone el dictado de normas de igual carácter por parte de los poderes estatales, a fin de conjurarlo– no otorga automáticamente a la causa un contenido público que deba ser resuelto por los jueces en lo contencioso administrativo federal.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por la materia. Causas regidas por normas federales.

Resulta competente el fuero en lo civil y comercial federal si, a pesar de que no se demande al Estado Nacional, a un ente autárquico o descentralizado, ni se debata sobre el alcance de un acto administrativo, la pretensión consiste en despejar la incertidumbre que generan las normas impugnadas en un contrato celebrado entre dos particulares (uno de ellos una entidad financiera –art. 1° de la ley 25.587–) y sometido a las normas de derecho privado.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

A mi modo de ver, no existe un conflicto de competencia que V.E. deba resolver, toda vez que lo hizo el tribunal instituido para ello y no se encuentra entre las facultades que el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58 confiere a V.E. la de revisar las decisiones de las cámaras nacionales cuando ellas actúan como tribunales dirimentes en los conflictos de competencias (Fallos: 307:388; 308:1248; 311:2735; 314:646 y dictamen de este Ministerio Público del 29 de octubre de 2002, *in re*, Comp. 758, L. XXXVIII, "Lerones, Elena Antonia y Otro c/ P.E.N. s/ amparo", opinión que fue compartida por el Tribunal en su sentencia del 12 de diciembre de ese año).

En efecto, se presenta aquí una situación análoga a la examinada en la Comp. 1149, L. XL, "Nieto Adolfo Antonio y otro c/ PEN Ley 25.561 Dtos. 1570/01 214/02 s/ amparo s/ ley 25.561", sentencia del 14 de octubre de 2004, pues a fs. 31, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala II) ya resolvió el conflicto entre los dos magistrados que se atribuyeron la competencia recíprocamente y declaró que la causa debía tramitar ante el juez comercial que debió acatar dicha decisión (v. fs. 36).

En virtud de lo expuesto, opino que no corresponde a V.E. intervenir en una contienda ya resuelta, por lo que los autos deben volver al Juzgado Nacional en lo Comercial N° 24. Buenos Aires, 23 de marzo de 2005 *Ricardo O. Bausset.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58 y a las constancias de la causa, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda de competencia suscitada no era la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal –cuya Sala II se expidió acerca del punto a fs. 31/31 vta.– sino la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la cual revestía la calidad de tribunal de alzada del juez que primero había conocido, es decir, del titular del Juzgado N° 1 de dicho fuero (quien declaró su incompetencia a fs. 20).

2°) Que, en las condiciones expresadas, no corresponde –en principio– la intervención de esta Corte en el caso pues el conflicto traído no se encuentra debidamente trabado. No obstante, razones de celeridad y economía procesal hacen aconsejable que el Tribunal haga uso de la atribución conferida por la norma citada en el considerando anterior y que, en consecuencia, se pronuncie sin más dilaciones sobre la radicación definitiva del expediente (conf. Competencia N° 523.XXXVIII "Cabrera Castilla de Olazábal, Patricia c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo" y N° 279.XL. "Rodríguez Allones, Gricelia c/ P.E.N. –ley 25.561– dtos. 1570/01 y 214/02 s/ proceso de conocimiento – ley 25.561", sentencias del 12 de diciembre de 2002 y 15 de junio de 2004 respectivamente, entre otros).

3°) Que, tras el examen de los hechos expuestos en la demanda, a los que cabe atender primordialmente a fin de decidir cuestiones de competencia (art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se advierte que resulta de aplicación al *sub lite* la doctrina del precedente registrado en Fallos: 326:4019 ("Viejo Roble S.A."), a la que cabe remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11, al que se le remitirán.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y juzgado de primera instancia N° 24 de ese fuero.**

JORGE LUIS RAMIREZ v. MARTIN SCHMIDT

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por las personas. Distinta nacionalidad.

El fuero federal en razón de la distinta nacionalidad de las partes constituye un privilegio creado especialmente en beneficio del extranjero, y cuando dicho fuero esté establecido *ratione personae*, puede ser declinado y su renuncia debe admitirse en todos los supuestos en que ella sea explícita o resulte necesariamente de la prórroga de la jurisdicción operada en la causa.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Por las personas. Distinta nacionalidad.

Si los codemandados, a quienes se atribuye nacionalidad extranjera, no han tomado intervención en el proceso, no se dan las condiciones que pueden hacer surgir la jurisdicción federal y la causa deberá quedar radicada ante la justicia local, sin perjuicio del privilegio instituido exclusivamente en beneficio del extranjero de ejercer la opción por la procedencia de aquel fuero.
–Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

Ante el señor Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego, el actor promovió demanda de daños y perjuicios contra Schmidt Martín domiciliado en Alemania y contra la Compañía de Leasing Tattersall S.A.–Budget con domicilio en Santiago de Chile (v. fs. 32/37 del expte.

N° 6882). A fs. 41 el magistrado local se declaró incompetente con fundamento en lo normado por el art. 2 inc. 2° de la ley 48.

Posteriormente el actor dedujo demanda por el mismo objeto y contra las partes aludidas *ut supra* ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Ushuaia, cuyo titular se inhibió igualmente de entender y remitió las actuaciones al tribunal local que se opuso a la radicación.

En tales condiciones, quedó trabado un conflicto de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del artículo 24 inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708, al no existir un tribunal común a ambos órganos judiciales en conflicto.

– II –

Más allá del modo en que quedó trabada la contienda, estimo que V.E. debe avocarse a dirimir la cuestión, a fin de evitar un dispendio jurisdiccional o una posible privación de justicia, de conformidad con lo dispuesto en la última parte de la citada norma.

Cabe señalar, en primer término que V.E. tiene reiteradamente dicho que el fuero federal en razón de la distinta nacionalidad de las partes constituye un privilegio creado especialmente en beneficio del extranjero, y cuando dicho fuero esté establecido *ratione personae*, puede ser declinado y su renuncia debe admitirse en todos los supuestos en que ella sea explícita o resulte necesariamente de la prórroga de la jurisdicción operada en la causa (Fallos: 311:858, 312:280, 317:683, 323:477).

Ahora bien, surge de las presentes actuaciones que los codemandados no han contestado demanda, motivo por el cual estimo que resulta aplicable al caso la jurisprudencia que establece que si los demandados, a quienes se atribuye nacionalidad extranjera, no han tomado intervención en el proceso, no se dan las condiciones que pueden hacer surgir la jurisdicción federal (Fallos: 307:1728, 317:683, 323:477, 325:2311).

En consecuencia, considero que la presente causa deberá quedar radicada ante la justicia local, sin perjuicio del privilegio instituido

exclusivamente en beneficio del extranjero de ejercer la opción por la procedencia del fuero federal (Fallos: 311:858, 312:280).

Por lo expuesto, opino que la presente causa en su estado, deberá remitirse al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego, para su trámite con el alcance indicado. Buenos Aires, 30 de marzo de 2005. *Marta A. Beiró de Gonçalvez.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, al que se le remitirán. Hágase saber al juzgado federal de primera instancia con asiento en dicha localidad.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — JUAN CARLOS MAQUEDA — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

ANA ESTHER GARCIA v. ANSeS

JUECES.

Aunque el encuadramiento legal que persigue la titular del beneficio no fue invocado de modo expreso en su apelación ante la cámara, en la que intentó demostrar que el fallo impugnado lesionaba el carácter sustitutivo del haber jubilatorio y que la ley 23.928 no había derogado el método de movilidad del art. 53 de la ley 18.037, es deber de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos de acuerdo con el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsu-

miéndola en las reglas jurídicas adecuadas, con prescindencia inclusive de los fundamentos que enuncian las partes.

JUBILACION Y PENSION.

Frente a las numerosas presentaciones administrativas y judiciales efectuadas por la apelante sin haber obtenido satisfacción a su pedido de reajuste y a la necesidad de resolverlo sin más dilaciones dada la avanzada edad de la peticionaria y la naturaleza de los derechos en juego (art. 14 bis de la Constitución Nacional), corresponde considerar su situación conforme a las disposiciones vigentes que le son más favorables, máxime cuando la demandada ha tenido oportunidad de ser oída y de oponer las defensas pertinentes respecto del régimen que se alega.

JUBILACION DE DOCENTES.

Si la apelante obtuvo su jubilación de acuerdo con el art. 52, incs. a, y ch, de la ley 14.473, después de haber acreditado veinticinco años de servicios al frente de grado, y al tiempo de entrar en vigor las sucesivas leyes 23.895 y 24.016 tenía cumplida holgadamente la edad requerida para obtener la recomposición de su beneficio, le asiste razón con respecto al método de movilidad que pretende, y debe reconocérsele la correspondiente al período posterior al 31 de marzo de 1991 respecto de los haberes excluidos de prescripción, pues la pauta fijada para liquidar el beneficio a partir de la entrada en vigor de la ley de convertibilidad, prescinde de las concretas circunstancias de la causa y de las disposiciones legales aplicables.

JUBILACION DE DOCENTES.

El régimen jubilatorio de la ley 24.016 ha quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las leyes 24.241 y 24.463, con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad.
–Del precedente “Gemelli”, al que remitió la Corte Suprema–.

INTERESES: Liquidación. Tipo de intereses.

La tasa pasiva promedio que elabora el Banco Central de la República Argentina es adecuadamente satisfactoria del menoscabo patrimonial sufrido por la demandante, en el marco de la índole previsional de la relación jurídica en examen, el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas y el período de estabilidad del valor de la moneda durante el lapso que corresponde a la deuda reclamada.
–Del precedente “Spitale”, al que remitió la Corte Suprema–.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: “García, Ana Esther c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que rechazó los agravios de la actora y confirmó las pautas de reajuste previsional dispuestas en el fallo de primera instancia, dicha parte interpuso el recurso ordinario que fue concedido.

2°) Que la recurrente objeta que se haya reconocido la movilidad según el régimen de jubilaciones docentes sólo por el lapso anterior al 1° de abril de 1991 –fecha de entrada en vigor de la ley 23.928– y que no se haya contemplado el reajuste previsto para ese sector por las leyes 23.895 y 24.016, cuya aplicación solicita respecto de los períodos ulteriores a aquél. Asimismo, cuestiona el aumento basado en la jurisprudencia de Fallos: 319:3241 y 322:2226, por no resultar apropiado para decidir el caso.

3°) Que aunque el encuadramiento legal que persigue la titular para su beneficio no ha sido invocado de modo expreso en su apelación ante la cámara, en la que intentó demostrar que el fallo impugnado lesionaba el carácter sustitutivo del haber jubilatorio y que la referida ley 23.928 no había derogado el método de movilidad del art. 53 de la ley 18.037, es deber de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos de acuerdo con el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las reglas jurídicas adecuadas, con prescindencia inclusive de los fundamentos que enuncian las partes (Fallos: 296:633; 298:499; 310:1536, 2173, 2733; 312:649; 313:924, 1417).

4°) Que sobre esa base, frente a las numerosas presentaciones administrativas y judiciales efectuadas por la apelante sin haber obtenido satisfacción a su pedido de reajuste y a la necesidad de resolverlo sin más dilaciones dada la avanzada edad de la peticionaria y la naturaleza de los derechos en juego (art. 14 bis de la Constitución Nacio-

nal), corresponde considerar su situación conforme a las disposiciones vigentes que le son más favorables (conf. doctrina citada en el considerando precedente y Fallos: 321:2453), máxime cuando la demandada ha tenido oportunidad de ser oída y de oponer las defensas pertinentes respecto del régimen que se alega (fs. 108/109).

5°) Que la cámara convalidó la aplicación del porcentaje de haberes que prescribía el art. 52, inc. ch, de la ley 14.473, derogado por el art. 93 de la ley 18.037, en las condiciones y con la limitación temporal fijadas en la instancia anterior (conf. Fallos: 295:674; 319:3241; 321:624 y 322:2226). De ese modo, se atuvo a las leyes 23.928 y 24.463 y a la jurisprudencia mencionada para determinar el monto de la prestación desde el 1° de abril de 1991, solución que no dio respuesta al reclamo de la jubilada que –en lo sustancial– procuraba el mantenimiento del beneficio dentro del estatuto que le es propio (conf. fs. 5, 6/18, 54/57, 67/76 y 85/87).

6°) Que la ley 23.895 –B.O. del 1 de noviembre de 1990– instituyó un régimen previsional específico para los docentes comprendidos en la ley 14.473, de nivel inicial, medio, técnico y superior no universitario, que otorgó derecho a percibir un haber de jubilación igual al 82% móvil de la remuneración mensual del cargo desempeñado en actividad. Asimismo, dispuso el reajuste de las prestaciones concedidas al amparo de leyes anteriores, dentro de los sesenta días de su promulgación (arts. 1, 2, 3 y 4).

7°) Que dicho régimen legal no fue alcanzado por la prohibición de las cláusulas de actualización monetaria contenida en la ley 23.928 a partir del 1° de abril de 1991, y se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de ese año (conf. art. 11 de la ley 23.966), fecha a partir de la cual rige la ley 24.016 (B.O. del 20 de agosto y del 17 de diciembre de 1991, respectivamente).

8°) Que por la última ley citada y su reglamentación por el decreto 473/92, han sido nuevamente organizados los beneficios para el referido ámbito docente y también han sido garantizados los mecanismos de adecuación de las jubilaciones otorgadas –o que correspondería otorgar– por la legislación anterior, con el fin de hacer efectivo el porcentaje de haberes reconocido, siempre que los afiliados hayan reunido las correspondientes exigencias de edad y servicios al 31 de diciembre de 1991 (conf. arts. 1, 2, 4 y 10, ley 24.016; 6, 8 y 9 del decreto citado).

9°) Que, en tal sentido, esa misma ley prescribe que el haber de pasividad del personal docente será equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual del cargo que tuviera asignado al momento del cese en el servicio, que el Estado debe asegurar dicho porcentaje con los fondos que concurran al pago, cualquiera que sea su origen (art. 4), y que sólo por excepción y por el lapso de cinco años –a partir de su promulgación– los montos móviles de las jubilaciones y pensiones debían ser del 70% (art. 9).

10) Que la apelante obtuvo su jubilación de acuerdo con el art. 52, incisos a, y ch, de la aludida ley 14.473, después de haber acreditado 25 años de servicios al frente de grado, y al tiempo de entrar en vigor las sucesivas leyes 23.895 y 24.016 tenía cumplida holgadamente la edad requerida para obtener la recomposición de su beneficio según la proporción fijada en esas disposiciones, por lo que le asiste razón con respecto al método de movilidad que pretende.

11) Que, en tales condiciones, resulta aplicable la doctrina de la causa G.402.XXXVII. "Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad", fallada en la fecha, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, corresponde remitir en razón de brevedad.

12) Que las razones expresadas bastan para poner de manifiesto que la pauta fijada por el *a quo* para liquidar el beneficio a partir de la entrada en vigor de la ley de convertibilidad, prescinde de las concretas circunstancias de la causa y de las disposiciones legales aplicables, lo que se traduce en menoscabo evidente de los derechos que asisten a la jubilada. En consecuencia, debe ser reconocida por las leyes 23.895 y 24.016 la movilidad correspondiente al período posterior al 31 de marzo de 1991, respecto de los haberes excluidos de la prescripción (conf. fs. 56, considerando 8 y 57, punto 4).

13) Que la solución a que se ha llegado torna inoficioso pronunciarse acerca de las restantes objeciones relativas al método implementado por los jueces para actualizar las mensualidades a partir del 1° de abril de 1991. Por otra parte, en cuanto al agravio que persigue modificar la tasa de interés, no se advierten razones para apartarse de lo decidido, que coincide con el criterio sentado por este Tribunal en la causa S.2767.XXXVIII. "Spitale, Josefa c/ ANSeS s/ impugnación de resolución administrativa", sentencia del 14 de septiembre de 2004 (Fallos: 327:3721), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario y, con el alcance que surge de los fundamentos expresados, se revoca la sentencia apelada y se ordena practicar el reajuste según las leyes 23.895 y 24.016. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso ordinario interpuesto por **Ana Esther García,** representada por **la Dra. Graciela Beatriz Stasevich.**
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° 4.**

ESTHER NOEMI GEMELLI v. ANSeS

JUBILACION DE DOCENTES.

La ley 24.241 no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la ley 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los arts. 129 y 168 de aquella ley, pues el primero de ellos establece el tiempo y modo de la entrada en vigor del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, en tanto que el segundo se refiere a la pérdida de vigencia de las leyes 18.037 y 18.038, sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir a la ley 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que sólo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2°).

LEY: Derogación.

La ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad.

JUBILACION Y PENSION.

La coexistencia de un régimen previsional de alcance general y de otro con características especiales no suscita reparos constitucionales, toda vez que el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, lo que no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que se consideren diferentes.

JUBILACION DE DOCENTES.

El régimen jubilatorio de la ley 24.016 ha quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las leyes 24.241 y 24.463, con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Vistos los autos: "Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad".

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que reconoció el derecho de la actora a que sus haberes jubilatorios se ajustaran de acuerdo con las disposiciones de la ley 24.016, la ANSeS interpuso recurso ordinario de apelación, que fue concedido.

2°) Que a tal efecto, el *a quo* ponderó que la jubilada había obtenido su beneficio al amparo de la ley 24.016 (fs. 19/23 del expediente 726-00668791-01), cuya pauta de movilidad continuó vigente según las disposiciones del art. 160 de la ley 24.241 y del decreto 2.433/93, por lo que ordenó que los haberes de la titular se reajustasen en las oportunidades y formas previstas en el art. 4 de la citada ley 24.016, sin perjuicio de la aplicación, durante su vigencia, de la reducción dispuesta en su art. 9.

3°) Que la recurrente se agravia de que el tribunal no haya tenido en cuenta que los arts. 129 y 168 de la ley 24.241 derogaron, entre otras, a la ley 24.016, tanto en lo referente a su régimen jubilatorio como a su sistema de movilidad, que sólo continuó practicándose por aplicación del art. 160 de la ley 24.241. Sostiene que ello se aclaró con la reglamentación del citado art. 168 mediante el decreto 78/94, y que si alguna duda subsistiera la cuestión quedó definitivamente resuelta a partir de la ley 24.463, cuyo art. 11 derogó el aludido art. 160.

4°) Que la apelante expresa que la ley de solidaridad previsional tuvo como objeto establecer un sistema único de movilidad para todas las prestaciones financiadas por el régimen público y que sentó un principio de realidad económica al ordenar que los incrementos en los haberes debían ser fijados anualmente en la ley de presupuesto, de acuerdo con el cálculo de recursos respectivo, aparte de que también dispuso que en ningún caso la movilidad podría consistir en el mantenimiento de una determinada proporción entre el haber de retiro y la remuneración de los activos, para lo cual derogó toda otra norma que se opusiera a sus disposiciones (conf. arts. 5, 7 y 11 del cuerpo normativo citado).

5°) Que la ANSeS agrega que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni al contenido económico de los beneficios previsionales; que tampoco resulta adecuada la referencia que la cámara efectúa al 82% del salario pues, de conformidad con la resolución S.S.S. 45/92, el porcentaje del haber se ha fijado en el 65%, quedando otro 5% a cargo de la caja complementaria para el personal docente. Finalmente, señala que el art. 9 de la ley 24.016 preveía que los haberes de las prestaciones se movilizaran en un 70% de las remuneraciones por un plazo de cinco años, mas dicha norma no indicó que una vez vencido dicho plazo el porcentaje volvería al 82%.

6°) Que tales planteos no son procedentes ya que la ley 24.241 no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la ley 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los arts. 129 y 168 de aquella ley. El primero de ellos establece el tiempo y modo de la entrada en vigor del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, en tanto que el segundo se refiere a la pérdida de vigencia de las leyes 18.037 y 18.038, sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir a la ley 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que sólo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2°).

7°) Que tampoco puede inferirse –como pretende el organismo– que la derogación se haya producido tácitamente. La ley 24.241 prevé en su art. 191 que “A los efectos de la interpretación de la presente ley, debe estarse a lo siguiente: a) Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia.” No basta para desvirtuar dicha conclusión la mención del decreto 78/94, que con el pretexto de reglamentar el art. 168 de la ley 24.241 dispuso la deroga-

ción, entre otras, de la ley 24.016, pues fue declarado inconstitucional por el Tribunal en el precedente de Fallos: 322:752 ("Craviotto"), que ha sido citado por el *a quo* en los fundamentos de su solución y del cual la recurrente no se hace cargo.

8°) Que la ley 24.463 tampoco deroga expresamente el estatuto aplicable a los docentes, sin que pueda admitirse el alcance que la apelante pretende dar a la fórmula genérica referente a las disposiciones que se le opongan, habida cuenta de que vino sólo a reformar el sistema establecido por la ley 24.241, sin afectar a otros regímenes especiales y autónomos, los cuales se mantienen plenamente vigentes, como el que rige la causa. Por otra parte, tal interpretación contraría el principio según el cual la ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad, situación que no se configura en el caso (Fallos: 305:353; 315:1274).

9°) Que sobre este último aspecto, la Corte ha señalado que la coexistencia de un régimen previsional de alcance general y de otro con características especiales no suscita reparos constitucionales, toda vez que el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional consiste en "que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos: 16:118; 155:96; 312:615, entre muchos otros), lo que no impide, por cierto, que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que se consideren diferentes (Fallos: 285:155; 310:849, 943; 311:394).

10) Que, en consecuencia, es dable afirmar que el régimen jubilatorio de la ley 24.016 ha quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las leyes 24.241 y 24.463, con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad, por lo que corresponde confirmar el pronunciamiento apelado con tal alcance.

11) Que este criterio se ve confirmado por el tratamiento parlamentario dado a la propuesta de supresión de estatutos especiales enviada por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 2002 (mensaje 535 del 25 de marzo de ese año), que incluía a la ley 24.016 entre las normas a ser derogadas y que concluyó con la sola eliminación de las jubilaciones para los funcionarios políticos de los poderes legislativo y ejecutivo (ley 25.668 y decreto 2.322/02).

12) Que, por último, tampoco resulta apropiada la interpretación que el organismo previsional efectúa con relación al art. 9 de la ley 24.016, ya que el art. 4 de esa misma ley establece que el haber jubilatorio del personal docente será equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual, porcentaje que el Estado debe asegurar, con los fondos que concurran al pago, cualquiera que sea su origen (art. 4, último párrafo), y sólo por excepción y por el lapso de cinco años –a partir de la promulgación de la ley– los montos móviles debían ser del 70%.

Por ello, el Tribunal resuelve: declarar procedente el recurso ordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada con el alcance que surge de las consideraciones que anteceden. Notifíquese y devuélvase.

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

Recurso ordinario interpuesto por **la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS),** representada por **los Dres. María Elena Sosa, Lorenzo C. D. de la Torre y María del Rosario Zampar.**

Traslado contestado por **Esther Noemí Gemelli,** representada por **los Dres. Enrique Mario Gómez Cochia y Susana Lía Trod.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala I).**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de Santa Fe.**

MARIA DEL CARMEN SANCHEZ v. ANSeS

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Seguridad social.

Si la demandada no contestó el traslado del memorial de la actora en el cual se planteaba la subsistencia del régimen de movilidad de las prestaciones jubilatorias previsto en el art. 53 de la ley 18.037 con posterioridad a la sanción de la ley 23.928, su presentación por la que solicita que se revoque la sentencia que ha tratado la cuestión resulta fruto de una reflexión tardía que no puede tener acogimiento.

RECURSO DE REVOCATORIA.

Las sentencias de la Corte no son susceptibles del recurso de revocatoria, máxime cuando la solución acerca de diversos puntos examinados en la decisión que se impugna cuenta con sustento jurídico bastante que excluye la existencia del "grave error conceptual" que se invoca.

JUBILACION Y PENSION.

Al haberse fallado por la subsistencia del régimen de movilidad de las prestaciones jubilatorias según el índice del nivel general de remuneraciones previsto en el art. 53 de la ley 18.037, índice que debía ser confeccionado por la Secretaría de Seguridad Social para hacer efectivo el reajuste de los haberes, corresponde disponer que dicho departamento de Estado arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento al fallo de la Corte en un plazo razonable.

JUBILACION Y PENSION.

Para los beneficiarios del régimen general de jubilaciones y pensiones, el art. 53 de la ley 18.037 regulaba el derecho a la movilidad reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que no cabe admitir que el poder administrador, a cuyo cargo estaba el estricto cumplimiento de la ley, pueda obviar la confección del índice que debía ser confeccionado por la Secretaría de Seguridad Social ni corresponde aceptar excusas que no deriven de fuerza mayor, pues lo contrario importaría admitir que la omisión de la autoridad podría privar de eficacia al derecho reconocido por la ley y causar una grave lesión de orden constitucional sin razón suficiente que lo justifique.

JUBILACION Y PENSION.

Mientras se confecciona el índice previsto en el art. 53 de la ley 18.037 por parte de la Secretaría de Seguridad Social, la ANSeS deberá dar cumplimiento a la sentencia por las diferencias correspondientes, solución que contempla la urgencia de los jubilados y pensionados en lograr un incremento inmediato de sus haberes y el pago de una parte sustancial de la retroactividad, más allá de que ulteriormente se haga efectivo el pago del saldo del crédito derivado de la total ejecución de lo resuelto.

JUBILACION Y PENSION.

Si se tiene en cuenta que el art. 53 de la ley 18.037 era una disposición vigente a la fecha de entrada en vigor de la ley 24.241 y por obvia consecuencia establecía una fórmula de movilidad distinta, debe reputárselo incluido dentro del alcance del art. 160 de la ley 24.241 (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

Corresponde exigir prudencia cuando se trata de aplicar leyes previsionales en perjuicio de las personas que ellas buscan proteger, siempre que tales normas admitan un criterio amplio de interpretación (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

JUBILACION Y PENSION.

No corresponde otorgar al art. 160 de la ley 24.241 un alcance restrictivo del derecho a la movilidad; eso implica entender que no sólo se mantuvieron en vigencia las movilidades establecidas por las leyes especiales sino también la correspondiente al sistema general (art. 53 de la ley 18.037), pues dicho efecto no puede asignarse con claridad ni al texto ni a los fines del Congreso (Voto de los Dres E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en razón de que la demandada no contestó el traslado del memorial de la actora en el cual se planteaba la subsistencia del régimen de movilidad de las prestaciones jubilatorias previsto en el art. 53 de la ley 18.037 con posterioridad a la sanción de la ley 23.928 de convertibilidad del austral, tema que abarcaba el lapso de permanencia de aquella ley y que había sido abordado en el precedente "Chocobar", su presentación por la que solicita que se revoque la sentencia que ha tratado también la cuestión en esta causa, resulta fruto de una reflexión tardía que no puede tener acogimiento por el Tribunal.

2°) Que, por otra parte, es sabido que las sentencias de la Corte no son susceptibles del recurso intentado (Fallos: 311:1788 y 2422; 313:1461; 320:1676 y 325:3380, entre muchos otros), sin que en el caso se den circunstancias que justifiquen hacer excepción a la doctrina señalada, máxime cuando la solución acerca de diversos puntos examinados en la decisión que se impugna cuenta con sustento jurídico bastante que excluye la existencia del "grave error conceptual" que se invoca.

3°) Que, sin perjuicio de lo expresado, cabe destacar que la cuestión de fondo versa sobre la interpretación de las leyes 18.037 y 23.928, de modo que al haberse fallado por la subsistencia del régimen de movilidad de las prestaciones jubilatorias según el índice del nivel general de remuneraciones previsto en el referido art. 53 de la primera ley, índice que debía ser confeccionado por la Secretaría de Seguridad Social para hacer efectivo el reajuste de los haberes, corresponde disponer que dicho departamento de Estado arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento al fallo en un plazo razonable.

4°) Que ello es así pues para los beneficiarios del régimen general de jubilaciones y pensiones, el art. 53 de la ley 18.037 regulaba el derecho a la movilidad reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que no cabe admitir que el poder administrador, a cuyo cargo estaba el estricto cumplimiento de la ley, pueda obviar la confección del referido índice ni corresponde aceptar excusas que no deriven de fuerza mayor, pues lo contrario importaría admitir que la omisión de la autoridad podría privar de eficacia al derecho reconocido por la ley y causar una grave lesión de orden constitucional sin razón suficiente que lo justifique.

5°) Que mientras se confecciona el aludido índice, la ANSeS deberá dar cumplimiento a la sentencia por las diferencias correspondientes, solución que contempla la urgencia de los jubilados y pensionados en lograr un incremento inmediato de sus haberes y el pago de una parte sustancial de la retroactividad, más allá de que ulteriormente se haga efectivo el pago del saldo del crédito derivado de la total ejecución de lo resuelto.

Por ello, el Tribunal resuelve: Desestimar el pedido de revocatoria y mandar que se cumpla la sentencia como ha sido ordenado. Hágase saber al señor Secretario de Seguridad Social que deberá arbitrar los medios para completar el índice del nivel general de remuneraciones a que se refiere el art. 53 de la ley 18.037 dentro del plazo de 60 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el considerando 5°. Notifíquese y líbrese oficio para su cumplimiento.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni (*según su voto*) — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Los planteos del recurrente exigen determinar si el criterio de movilidad del art. 53 de la ley 18.037 (Nivel general de las remuneraciones) continuó vigente no obstante el dictado de la ley 24.241 que fijó el AMPO (Aporte medio previsional obligatorio).

La cláusula de esta normativa cuya interpretación es necesario llevar a cabo para establecer si tuvo tal efecto derogatorio es el art. 160. Tarea que resulta imperiosa a partir del texto del decreto 2433/93 que la reglamentó del siguiente modo: se "mantienen en vigencia las movilidades establecidas por las leyes 21.121, 21.124, 22.731, 22.929, 22.940, 22.955, 23.682, 23.895, 24.016, 24.018 y 24.019, y cualquier otra ley anterior que contemplara una fórmula de movilidad distinta a la de la ley 18.037". Ello, habida cuenta de que su lectura conduce a la conclusión de que la ley reglamentada en tanto mantuvo la vigencia de los regímenes de movilidad anteriores, lo hizo exclusivamente con los especiales.

2°) Sin embargo, la letra del artículo 160 de la ley 24.241 no lleva de manera evidente a semejante consecuencia; en su párrafo tercero expresa: "La movilidad de los haberes de las prestaciones otorgadas o a otorgar por aplicación de leyes anteriores a la presente, que tengan una forma de movilidad distinta a la del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, continuará practicándose de conformidad con las disposiciones vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley."

Si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la ley 18.037 era una "disposición vigente a la fecha de entrada en vigor" de la ley 24.241 y por obvia consecuencia establecía una "fórmula de movilidad distinta", debe reputárselo incluido dentro del alcance de la disposición referida.

3°) Dicha interpretación literal de la norma se ve reforzada por la discusión parlamentaria que tuvo lugar en ocasión de tratarse el proyecto de la ley 24.241. En esa oportunidad, el texto contenido en la propuesta del Poder Ejecutivo disponía con toda precisión el diferente tratamiento de las jubilaciones otorgadas bajo regímenes especiales y

aquellas que lo habían sido por el sistema general de la ley 18.037. El artículo 132 del proyecto establecía que las únicas jubilaciones que no estaban alcanzadas por el nuevo régimen de movilidad (AMPO) eran las comprendidas en leyes especiales y hacía expresa excepción de las jubilaciones del régimen general, es decir aquellas que se ajustaban de acuerdo con el nivel general de las remuneraciones.

4°) Lo real y concreto es que esta propuesta sufrió modificaciones en el curso de la deliberación que apuntaban claramente a una subsistencia de los regímenes previos de movilidad en general, sin distinción alguna.

En tal sentido, el diputado González Gaviola expresó: "El art. 138 –actualmente 160– consagra expresamente las fórmulas previas a la sanción de esta ley" y el diputado Sueiro propuso como modificación que donde decía: "Régimen general de jubilaciones y pensiones", debía decir "Sistema integrado de Jubilaciones y pensiones", que fue como finalmente quedó el texto.

5°) Dadas las circunstancias examinadas y la regla que exige prudencia cuando se trata de aplicar leyes previsionales en perjuicio de las personas que ellas buscan proteger, siempre que tales normas admitan un criterio amplio de interpretación (doctrina de Fallos: 240:174; 273:297, entre otros), cabe considerar que no corresponde otorgar al artículo 160 de la ley 24.241 un alcance restrictivo del derecho a la movilidad. Eso implica entender que no sólo se mantuvieron en vigencia las movilidades establecidas por leyes especiales sino también la correspondiente al sistema general (art. 53 de la ley 18.037), pues como ya se señaló, dicho efecto no puede asignarse con claridad ni al texto ni a los fines del Congreso.

6°) Como el índice del nivel general de remuneraciones fue publicado hasta septiembre de 1993, para que la demandada pueda cumplir íntegramente con su obligación, la Secretaría de Seguridad Social, deberá arbitrar los medios a fin de confeccionar las alícuotas correspondientes al período comprendido entre esa fecha y marzo de 1995, mes en que entró en vigencia la Ley de Solidaridad Previsional.

Sin perjuicio de ello, la ANSeS deberá pagar las diferencias en condiciones de ser calculadas, que son una parte sustancial del retro-

activo y ulteriormente, hacer efectivo el pago del saldo del crédito derivado de la total ejecución.

Por ello, el Tribunal resuelve: Desestimar el pedido de revocatoria y mandar que se cumpla la sentencia como ha sido ordenada. Hágase saber al señor Secretario de Seguridad Social que deberá arbitrar los medios para completar el índice del nivel general de remuneraciones a que se refiere el artículo 53 de la ley 18.037 dentro del plazo de 60 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el considerando 6°. Notifíquese y líbrese oficio para su cumplimiento.

E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

CESAR EDUARDO TOLEDO Y OTRO

SUPERINTENDENCIA.

Corresponde hacer lugar a la avocación y ordenar a la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que el criterio establecido en la acordada 36/2003 –que no se compute puntaje alguno en el rubro "antigüedad en el cargo" a los oficiales mayores relatores y secretarios privados al momento de incorporarse al escalafón– debe aplicarse a las calificaciones empleadas para confeccionar el escalafón utilizado en el año del dictado de dicha acordada; pues no se trata de aplicar retroactivamente una norma, sino de establecer un criterio uniforme, a fin de evitar una injusta discriminación tanto para los oficiales mayores escalafonados, como hacia los relatores o secretarios privados que se incorporaron al escalafón a partir de 2004.

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de julio de 2005.

Visto el expediente caratulado **"Avocación – Toledo, César Eduardo y Ross, José Luis s/acordada 28/03 – Cámara Federal de Apelaciones de Rosario s/ inclusión de relatores"**, y

Considerando:

I – Que en las presentes actuaciones, César Eduardo Toledo y José Luis Ross, quienes se desempeñan en el cargo de jefe de despacho en el Juzgado Federal N° 2 de Rosario, solicitan la avocación del Tribunal contra la acordada 28/03 de la cámara de la jurisdicción, que no hizo lugar a su pedido de reconsideración planteado contra el escalafón confeccionado para el año 2003 (fs. 19/21).

II – Que los peticionarios se quejan de que a los oficiales mayores –hoy jefes de despacho, cfr. 41/04 y 9/05) *relatores* y *secretarios privados*, al ingresar al escalafón, se les haya computado el ítem *antigüedad en el cargo*. Se agravian porque esta circunstancia significa "un notable perjuicio en nuestra carrera judicial, por cuanto importa una postergación de personal con notable mayor antigüedad no sólo en la justicia sino también en el cargo".

Explican que al confeccionarse el escalafón para el año 2003, fueron incorporados, en la categoría de oficial mayor, los *relatores* del Tribunal Oral "con un puntaje en el ítem 'antigüedad en el cargo' de 5 puntos"; interpretan que a esos agentes dicho puntaje se les debe *comenzar a computar desde el momento en que se incorporan al escalafón*. Hacen hincapié en el hecho de que no puede considerarse que los relatores, al incorporarse al escalafón luego de ocho años en la justicia, según el régimen de la acordada 120/97 de la cámara, "tengan cinco puntos de antigüedad en el cargo".

III – Que la acordada 120/97 de la cámara reglamentó la incorporación al escalafón de los oficiales mayores (hoy jefes de despacho, cfr. 41/04 y 9/05) *relatores* y *secretarios privados*. Allí se estableció que estos agentes serían incluidos en el escalafón, en la categoría de oficial mayor, "al contarse con una antigüedad en la Justicia de 8 (ocho) años" (ver fs. 2/3). Esta acordada fue aprobada por la Corte Suprema, aunque con la siguientes observaciones, entre otras (cfr. fs. 4 de estas actuaciones, proveído del 20 de octubre de 1998 dictado en el expediente 11–49/82):

–los relatores deben primero cumplir los ocho años de antigüedad en la justicia y sólo en ese momento ingresarán al escalafón.

–a los fines de la designación deben cumplir con los demás requisitos exigidos al resto de los empleados de la jurisdicción.

Por otra parte, el reglamento de la jurisdicción determina que en la confección del escalafón se otorgarán medio punto por año de antigüedad en la justicia, hasta un máximo de cinco puntos y un punto por año de antigüedad en la categoría, también hasta un máximo de cinco puntos.

IV – Que la acordada 128/02 de la cámara ordenó confeccionar el escalafón "correspondiente a la sede judicial Rosario para el año 2003" (fs. 7). En el considerando 2do. se advirtió "la necesidad de reexaminar la reglamentación vigente... en el sistema de asistencia y el régimen de los relatores".

V – Que sin embargo, al incorporar al escalafón a los relatores y secretarios privados que estaban en condiciones de hacerlo, por haber cumplido ocho años en la justicia, la cámara les otorgó cinco puntos por *antigüedad en la categoría*.

A raíz de que varios oficiales mayores y empleados de los Juzgados Federales Nros. 1 y 2 de Rosario impugnaron, en diciembre de 2002, las calificaciones correspondientes al año 2003 (ver fs. 12/17), cuestionando que a los relatores que se incorporaban al escalafón luego de cumplir ocho años de antigüedad en la justicia, se les asignaba puntaje (cinco puntos) en el rubro "antigüedad en el cargo", la cámara dictó la acordada 28/03 (fs. 18), que denegó la pretendida reconsideración.

Pero solucionó parcialmente la situación, pues mediante la acordada 36/03 (fs. 22/23), que no fue comunicada a la Corte Suprema, reexaminó el régimen de los relatores y dispuso que con "la incorporación de los relatores que se haga a partir del escalafón que regirá para el 2004 y para los sucesivos, no se computará puntaje alguno en el rubro *antigüedad en el cargo*". En los considerandos expresó que "no corresponde modificar las calificaciones de los incluidos hasta ahora que se encuentran firmes".

Cabe aquí destacar que en la disidencia de fs. 23 se pone de manifiesto lo injusto de la situación que había dado lugar a los reclamos comentados en los párrafos anteriores; afirma el Dr. Bello que "los relatores –en condiciones de ser escalafonados– han quedado ubicados en un lugar preponderante respecto de los demás oficiales mayores, que ostentaban mayor antigüedad en la justicia y/o en el cargo. Ello ha sido en gran medida por contar en esos cargos con título de

abogado y por efecto del tope de cinco (5) puntos en los rubros 'antigüedad en el cargo' y 'antigüedad en la justicia', aspectos que también deberían ser reexaminados".

VI – Que luego de que varios agentes cuestionaran que el criterio establecido en la acordada 36/03 se aplicara para los escalafones a partir de 2004, pretendiendo que rigiera también para los escalafones anteriores (fs. 24/27), tal como habían pretendido en diciembre de 2002 (cfr. fs. 12/17), la cámara dictó la acordada 72/03 (fs. 30), denegando la reconsideración pretendida, "salvo lo que disponga la Corte Suprema al decidir eventuales avocaciones relativas a calificaciones incluidas en escalafones anteriores al año 2004".

VII – Que, precisamente, el objeto de estas actuaciones, como se explicó, es una avocación que impugna las calificaciones correspondientes al escalafón que rigió durante el año 2003, por lo que corresponde establecer si la decisión de la cámara de excluir de los alcances de la acordada 36/03 a los escalafones anteriores es correcta o no.

VIII – Que a juicio del tribunal asiste razón a los avocantes. La decisión de la Cámara de Rosario de no asignar puntaje alguno en el rubro "antigüedad en el cargo" a los oficiales mayores relatores y oficiales mayores secretarios privados (hoy jefes de despacho, cfr. 41/04 y 9/05) cuando se incorporan al escalafón es correcta. Ello porque el régimen que regula la confección del escalafón de la Cámara de Rosario, como se explicó en el punto III de este memorándum, otorga 1/2 (medio) punto por año de *antigüedad en la justicia*, hasta un máximo de cinco puntos, y un punto por cada año de *antigüedad en la categoría*, hasta un máximo de cinco puntos.

Un relator o un secretario privado necesitan en Rosario ocho años de antigüedad en la justicia para incorporarse al escalafón. Si llegado ese momento se les computa además el rubro "*antigüedad en la categoría*", necesariamente van a tener cinco años en ese ítem, lo cual los colocaría en una situación privilegiada frente a los oficiales mayores (hoy jefes de despacho, cfr. 41/04 y 9/05) escalafonados, quienes hicieron toda la carrera judicial. Al imponerse el requisito de que deben cumplir ocho años en la justicia para que un relator o un secretario privado se incorporen al escalafón, se quiere compensar el hecho de que pueden ser designados directamente "*de la calle*" o "salteando" todas o algunas de las categorías anteriores (cfr. Fallos: 240:107).

Al sancionar la acordada 36/03 la propia cámara estableció el criterio expuesto en los párrafos anteriores, pero se contradice al no aplicarlo a los escalafones previos al del año 2004. No se trata de aplicar retroactivamente una norma, sino de establecer un criterio uniforme, pues lo contrario implica una injusta discriminación tanto, como se dijo, para los oficiales mayores (hoy jefes de despacho, cfr. 41/04 y 9/05) escalafonados, como hacia los relatores o secretarios privados que se incorporaron al escalafón a partir de 2004, quienes estarían en desigualdad de condiciones con aquellos que ingresaron a los escalafones correspondientes a años anteriores.

La razón de que las calificaciones se encuentran firmes, dada por la cámara para no aplicar el criterio de la acordada 36/03 a las anteriores a 2004 no se ajusta a la realidad, porque el escalafón confeccionado para el año 2003 estaba impugnado, entre otros, por quienes aquí avocan (cfr. considerandos V y VI de esta resolución).

Por ello,

Se Resuelve:

Hacer lugar a la avocación y, en consecuencia, ordenar a la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que el criterio establecido en la acordada 36/03, o sea, que no se les compute puntaje alguno en el rubro “antigüedad en el cargo” a los oficiales mayores relatores y secretarios privados al momento de incorporarse al escalafón, debe aplicarse a las calificaciones empleadas para confeccionar el escalafón utilizado en el año 2003.

Regístrese, hágase saber y, oportunamente, archívese.

Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — Juan Carlos Maqueda — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

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.

ACUERDOS DE LA CORTE SUPREMA

AÑO 2005

MAYO-JULIO

TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO DE LA NACION.

– N° 13 –

En Buenos Aires, a los tres días del mes de mayo del año dos mil cinco, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal los señores ministros que suscriben la presente,

Consideraron:

Que el doctor Andrés José D'Alessio ha puesto en conocimiento del Tribunal que se encuentra impedido de modo absoluto y por un lapso significativo, por razones que se consideran suficientes, para desempeñar legalmente las funciones correspondientes al cargo para el cual fue designado por acordada N° 20/2004.

Por ello,

Acordaron:

Designar al doctor Juan Octavio Gauna como miembro titular del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación, en sustitución del doctor Andrés José D'Alessio.

Todo lo cual, dispusieron y mandaron ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe. — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY. *Nicolás Alfredo Reyes* (Administrador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

AUTORIDADES DE FERIA DE JULIO DE 2005.

– N° 14 –

En Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio del año dos mil cinco, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros que suscriben la presente,

Acordaron:

Designar como autoridades de feria del mes de julio del año 2005:

1°) Al doctor Augusto César Belluscio –del 11 de julio al 22 de julio–, al doctor Eugenio Raúl Zaffaroni –del 11 de julio al 22 de julio– y al doctor Ricardo Luis Lorenzetti –del 11 de julio al 22 de julio–, como jueces de feria.

2°) Al doctor Cristian Sergio Abritta –del 11 de julio al 15 de julio– y al doctor Jorge Migliore –del 18 de julio al 22 de julio–, como secretarios de feria.

3°) Establecer el horario de atención al público de lunes a viernes, desde las 7.30 horas y hasta las 13.30 horas.

4°) El personal que preste funciones durante la feria judicial deberá acreditarlo mediante certificación otorgada por el señor secretario de feria.

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe. — Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Carlos S. Fayt — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay. *Nicolás Alfredo Reyes* (Administrador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

IMPLEMENTACION DE POLITICAS RESPECTO DE LOS MENORES.

– N° 15 –

En Buenos Aires, a 1 día del mes de julio del año dos mil cinco, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros, que suscriben la presente,

Consideraron:

Que las preocupaciones dentro del ámbito del Poder Judicial de la Nación relacionadas con la problemática de menores involucrados en diversas actuaciones que se cumplen en el ámbito de este Poder del Estado, motivaron que se invitara a la Señora Ministra de Desarrollo Social, Lic. Alicia Kirchner, para conversar con los miembros del Tribunal sobre la posibilidad de adoptar ciertos cursos de acción conjuntos, tendientes a garantizar de manera efectiva el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos a la niñez en general y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 40 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La reunión que amablemente aceptara la Señora Ministra, tuvo lugar el día 27 de junio del corriente año en este Tribunal.

Por ello,

Resolvieron:

1. A los fines de implementar políticas respecto de los menores, se constituye un grupo de trabajo integrado por magistrados del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público y por representantes del indicado Ministerio de Desarrollo Social.

2. De acuerdo a la consulta formulada a los presidentes de las respectivas Cámaras de Apelaciones que tienen que ver con menores, doctores Delfina María Borda (Cámara Nacional Civil), Raúl R. Madueño (Cámara Nacional de Casación Penal), Carlos Alberto Elbert (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional) y a la Sra. Defensora General de la Nación Sustituta doctora Stella Maris Martinez, se designan como integrantes del grupo de trabajo a los doctores Marta del Rosario Mattera (Juez de la Cámara Civil), José Manuel Piombo (Juez de la Cámara en lo Criminal y Correccional), Pablo Jantus (Juez de Tribunal Oral de Menores), Lucas Cayetano Aon (Juez de Familia), Mirta Lidia Ilundain (Juez de Familia); Silvia Mercedes Sassano (Juez de Menores), María Inés Coutinho (Defensora Pública de Menores e Incapaces a cargo de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia), María Carolina Inés Palladini (Defensora de Menores e Incapaces de Primera Instancia) y Claudia López Reta (Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal).

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí que doy fe. — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY. *Nicolás Alfredo Reyes* (Administrador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

EQUIPO DE ASISTENTES SOCIALES.

– Nº 16 –

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de julio del año dos mil cinco, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros que suscriben la presente.

Consideraron:

1°) Que por acordada Nº 38/92 esta Corte hizo lugar a la solicitud formulada por la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 87, permitiendo que desempeñe funciones en la citada dependencia un equipo de asistentes sociales y exceptuándolo de cumplir la prescripción contenida en el art. 129 del Reglamento para la Justicia Nacional.

2°) Que por acordada N° 53/95 y, posteriormente, mediante acordadas Nros. 5/98, 28/00, 24/02 y 9/03 se modificó la anteriormente mencionada, en punto a los asistentes sociales que integran el referido equipo.

3°) Que con fecha 16 de mayo de 2005, la magistrada comunicó las nuevas modificaciones operadas en el equipo oportunamente designado (fs. 45).

Por ello,

Acordaron:

Modificar el contenido de la acordada N° 9/03, en punto a las asistentes sociales que integran el equipo que se desempeña en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 87, el cual quedará compuesto por las licenciadas: **Marta Fernández; Mónica Rebeca Martínez de Cassani, Fidelina Nilda Britto y María Esther Benchuya.**

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se comunicase y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe. — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI. *Nicolás Alfredo Reyes* (Administrador General de la Corte Suprema Justicia de la Nación).

RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA

AÑO 2005

ENERO-ABRIL

DIRECCION GENERAL PERICIAL.

– Nº 667 –

Buenos Aires, 23 de mayo de 2005.

Visto y Considerando:

Que con fundamento en lo dispuesto en la Acordada Nº 10/91, por Resolución Nº 969/91 se creó la Dirección General Pericial dentro de la Secretaría de Superintendencia Judicial, designándose un Director General del que dependen los cuerpos periciales.

Que en esa oportunidad esta Corte consideró conveniente que para desempeñar el cargo mencionado debía requerirse título de abogado.

Que no obstante ello, teniendo en cuenta que los distintos cuerpos que conforman el organismo –tales como el Cuerpo Médico Forense o el Cuerpo de Peritos Contadores– están compuestos por profesionales que realizan funciones relativas a otras especialidades, corresponde modificar en ese punto lo resuelto, disponiendo en consecuencia que para ser Director General Pericial se deberá presentar título de abogado o contador público.

Por ello,

Se Resuelve:

Modificar el punto 1º de la Resolución Nº 969/91, en lo que respecta al título exigido, disponiendo que el Director General Pericial deberá tener título de abogado o contador público.

Regístrese, hágase saber y archívese. — Enrique Santiago Petracchi — Augusto César Belluscio — Antonio Boggiano — Carlos S. Fayt — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni — Elena I. Highton de Nolasco — Ricardo Luis Lorenzetti — Carmen M. Argibay.

RESOLUCION DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA

OFICINA PARA LA ATENCION DE CASOS DE VIOLENCIA DOMESTICA.

– Nº 1102 –

Buenos Aires, 30 de junio de 2005.

Visto y Considerando:

Que en virtud de lo dispuesto por las Acordadas Nº 33/04 y 3/05 se constituyó un Grupo de Trabajo para que elaborase el proyecto de una Oficina para la Atención de Casos de Violencia Doméstica, con funcionamiento las 24 horas del día todos los días del año, a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia de los peticionarios y proveer a los jueces de los recursos necesarios para ejercer plenamente su labor jurisdiccional.

Que la etapa en que se encuentra actualmente el proyecto requiere la preparación de acuerdos con las autoridades pertinentes del Gobierno Nacional, de la Ciudad de Buenos Aires y la Policía Federal Argentina, a los efectos de contar con la prestación de los recursos que se consideran básicos para el correcto funcionamiento de la Oficina, como así también el establecimiento de redes con las organizaciones no gubernamentales que pudieran tener alguna vinculación con la problemática de la violencia doméstica.

Por ello,

Se resuelve:

Facultar a los integrantes del Grupo de Trabajo, Dra. Gladys Álvarez, Dra. Laura Balart, Dr. Horacio Barberis, Dra. Ana Díaz Cano, Dr. José Luis Galmarini, Dra. Cecilia Maiza, Dra. Graciela Medina, Dra. Silvia Palomero, Dr. Fernando R. Ramírez y Dra. Graciela Varela, como así también a su coordinadora, Dra. Analía Monferrer, a realizar las tratativas tendientes a la formalización de esos acuerdos.

Regístrese en el libro correspondiente. — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.