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

TOMO 336

Volumen 1

2013



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.

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

SITIO WEB DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

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

• NOVEDADES

-BASE COLECCIÓN DE FALLOS CSJN -TOMOS 1 A 307 (1863-1985)

-FALLOS COMPLETOS (A PARTIR DE 1994)

Las sentencias dictadas a partir del 1º de febrero de 2012 serán publicadas con valor agregado, de manera que a la búsqueda tradicional de fallos completos -publicados en su integridad desde 1994- por datos del expediente (letra, número, tomo), autos, fecha o texto, se le suma la opción de “Búsqueda Avanzada”, que permite acotar el tiempo por Materia, Voces y Tipo de acción. Asimismo, se han incorporado otros campos de selección como son: sentido de la resolución, vías de acceso a la Corte, tipo de recurso, etc., lo que permite al usuario efectuar una selección más concreta y precisa. Todo ello, facilita el acceso al texto completo de la sentencia con el valor agregado de una información que define la particularidad del caso.

A partir del año 2012 las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se publican en el tomo escaneadas, tal como se visualizan en el sitio web.

-BASE TEMÁTICA DE SUMARIOS (1863 A 1966 SOLO SUMARIOS; 1966 A 1994, FALLOS EN FORMATO IMAGEN Y DESDE 1994 A SEPTIEMBRE DE 2012 EN SOPORTE DIGITAL.)

-BOLETINES DE JURISPRUDENCIA.

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 NACIÓN

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 336 - VOLUMEN 1

FEBRERO - JULIO

2013

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 336 - I. - 1a ed . Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2016.

Libro digital, HTML

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-1625-32-1

1. Fallos de la Corte. I. Título.

CDD 347.077

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA.

1. Inauguración del Año Judicial. Acto por el 150º aniversario de la C.S.J.N. Discurso del Sr. Presidente Dr. Don Ricardo Luis Lorenzetti.

En mi nombre y en el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación queremos agradecer la presencia de todos ustedes, lamentando las incomodidades que puedan tener debido a la falta de espacio.

Agradecemos esta presencia de todos los sectores de la Justicia. En ocasiones, la costumbre nos lleva a mencionar al Poder Judicial de modo simplificado, como si fuera un solo sector, pero hay muchos, y muy diferentes entre sí. Están aquí los titulares de todas las Cortes provinciales y los magistrados provinciales de todos los fueros y sectores; las justicias provinciales tienen una enorme importancia para la vida de los argentinos, ya que la mayoría de las causas se tramitan ante estos jueces. Están los que pertenecen a la nacional, donde tramitan la mayoría de las causas de los vecinos de la capital. Están los jueces de la Cámara de Casación Penal que cumplen un rol de extraordinaria importancia en la unificación de jurisprudencia. Están la totalidad de los presidentes de cámaras federales y tribunales orales de todo el país. También veo a los jueces federales de Comodoro Py, que han venido mayoritariamente, así como muchos jueces federales del interior del país. A su vez, están los que corresponden a todos los fueros: civil, comercial, criminal, laboral, familia, electoral, penal económico, contencioso administrativo, previsional. También están los empleados, su gremio, los funcionarios, y los representantes de la Procuración General y de la Defensoría General, así como del Consejo de la Magistratura.

Cada uno tiene sus temas y problemas diferentes.

Los constituyentes pensaron que debía existir un tribunal supremo, cabeza de este poder del estado, y ese tribunal es esta Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es este mismo estatus constitucional el que hace que nosotros debamos ser respetuosos de la diversidad y la pluralidad de opiniones que se dan en los distintos estamentos internos de las justicias federal, nacional y provincial, y que no hagamos generalizaciones inapropiadas. Por eso es que agradecemos esta presencia masiva de todos estos sectores del poder judicial.

Hemos dicho que las instituciones son fuertes cuando palpitan en el corazón del pueblo; y así lo sentimos cuando vemos la presencia de organismos de derechos humanos, de defensa de los consumidores, ambientales, barriales, de periodistas, gremiales; en fin, la sociedad civil apoyando a esta Corte como lo ha hecho siempre.

También agradecemos la presencia de representantes del poder ejecutivo, así como la de legisladores y políticos del oficialismo y de la oposición.

Muchas gracias a todos, por estar y por escuchar estas reflexiones que hemos consentido con todos mis colegas.

Hace ciento cincuenta años que esta Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a funcionar, en el mes de enero, y dictó su primera sentencia en el mes de octubre¹. Dada la importancia histórica de este hecho, haremos varios actos durante todo el año con temas vinculados al desempeño del Tribunal en diversos ámbitos, para analizar su pasado y debatir su futuro, con la participación de todos ustedes.

La Corte Suprema es una institución muy importante porque es la que debe interpretar la Constitución, la que debe defender el Estado de Derecho, la que debe garantizar los

¹ Causa “D. Miguel Otero con D. José M. Nadal-apelación de auto del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires” (Fallos: 1:17), sentencia del 15 de octubre de 1863.

derechos y la libertad de los argentinos, con independencia de todo otro poder jurídico o fáctico. Pero las instituciones no son ajena a la historia, a la situación del país, a las demandas del pueblo y a la influencia que cada generación ejerce sobre ellas². Por eso, la Corte ha sido siempre la misma, pero su desempeño concreto ha variado constantemente desde que comenzó a funcionar.

Nuestra generación es la que llegó a la Corte con la democracia, con la reforma constitucional de 1994, como dice el Dr. Maqueda, y con la enorme responsabilidad de servir a un pueblo que ha luchado y sufrido mucho, en todos los sentidos, durante demasiado tiempo. Por eso tuvimos clara conciencia de que nuestro deber no era consolidar lo que generó injusticia, sino transformar lo que fuera necesario para ayudar a construir la esperanza de un futuro mejor. Con esa decisión llegamos a este Tribunal, hicimos un análisis de su desempeño durante 150 años, mantuvimos los aspectos buenos, cambiamos los malos e incorporamos otros novedosos, de acuerdo con los tiempos actuales.

Hubo principios que fueron desarrollados por la Corte desde sus orígenes, que hemos mantenido y profundizado.

Desde su fundación, el Tribunal defendió el derecho a la libertad de expresión, que nosotros hemos desarrollado con los perfiles actuales. Buenos ejemplos de ello son la afirmación de la posibilidad de ejercer la crítica en una sociedad democrática³ y el control de la publicidad oficial en tanto sea un mecanismo de censura indirecta⁴.

Desde un principio el Tribunal protegió la propiedad en sentido amplio. En el mundo actual hay personas que pierden todos sus ahorros y familias desalojadas de sus viviendas por no poder pagar las hipotecas, pero nosotros optamos por proteger a los ahorristas y evitar los desalojos. Fue cuando debimos resolver la compleja situación derivada de la profunda crisis económica del año 2002, con más de doscientas mil causas. Hemos protegido el derecho de los ahorristas diciendo que su propiedad es intangible, debiendo restituirse el ciento por ciento de sus ahorros⁵; en materia de hipotecas, resolvimos proteger el crédito, pero también defendimos la vivienda⁶, evitando desalojos. Creemos que las soluciones que se dieron en Argentina, coincidiendo los tres poderes del Estado, han demostrado ser las más adecuadas para mantener la paz social.

Hace muchos años que la Corte creó nuevas acciones procesales para los derechos fundamentales: el amparo⁷ y el derecho de réplica⁸. Nosotros ampliamos esta tendencia y hemos abierto las puertas a las acciones de clase⁹, lo que significa que cuando un solo acto injusto afecta a miles de personas, no es necesario promover miles de juicios; hay que hacer más simple y sencillo el reclamo de justicia.

Hubo tradiciones que había que cambiar.

La libertad ha sido la bandera de la primera generación de derechos humanos, y nunca debemos olvidarlo, porque, como bien dice el Dr. Fayt: la Corte debe proteger la libertad de los habitantes de nuestro país.

2 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, Astrea, Buenos Aires, 1992.

3 "Patito", 24/06/2008 (Fallos: 331:1530).

4 "Editorial Río Negro S.A.", 05/09/2007 (Fallos: 330:3908); y "Editorial Perfil S.A.", 02/03/2011 Fallos: 334:109).

5 "Massa", 27/12/2006 (Fallos: 329:5913).

6 "Rinaldi", 15/03/2007 (Fallos: 330:855).

7 "Siri" (Fallos: 239:459) y "Kot" (Fallos: 241: 291).

8 "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492).

9 "Halabi", 24/02/2009 (Fallos: 332:111).

Los argentinos tenemos un enorme aprecio por esa libertad, especialmente por el derecho a vivir conforme a nuestras decisiones personales, sin que exista alguien con el poder de dirigirnos. Por eso esta Corte modificó una jurisprudencia de muchos años en áreas importantísimas: el alcance del derecho a la intimidad, con un voto del Dr. Petracchi que fue muy importante¹⁰, el reconocimiento pleno del derecho a la privacidad, y sobre todo, la afirmación de la idea de que existe un ámbito en que una persona adulta es libre para decidir vivir como quiera¹¹. No hay que tener miedo a la libertad, ni miedo a quienes quieren restringirla.

Pero la libertad también es agravada cuando se encarcela sin el debido proceso, cuando se tortura, o cuando las condiciones de detención son intolerables y los jueces guardan silencio. Esta Corte ha hablado, cambiando la jurisprudencia anterior, y ha dicho que deben respetarse las garantías constitucionales en materia criminal. Por eso declaramos la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria (art. 52 del Código Penal)¹², último resabio de la relegación en Ushuaia, impusimos la necesidad de la doble instancia en causas penales con revisión amplia¹³, declaramos la inconstitucionalidad de la llamada justicia penal militar¹⁴, antes de la derogación del Código de Justicia Militar. También hemos dicho que el sistema carcelario debe reunir una serie de condiciones mínimas para el tratamiento y recuperación de los detenidos¹⁵. Se trata de decir que las garantías del debido proceso no son incompatibles con niveles de seguridad adecuados.

La igualdad ha sido la segunda bandera, fundamentalmente en el siglo veinte, con los derechos humanos económicos y sociales.

En la década de 1990 hubo decisiones del Máximo Tribunal que aceptaron el retroceso de la igualdad en este campo y que nosotros hemos revertido.

La postergación de los derechos de los jubilados nos commueve, porque no es justo que quienes han aportado lo suyo tengan que hacer juicios interminables para reclamar lo que legítimamente les corresponde. Por eso han sido motivo de especial preocupación para esta Corte: hemos revocado las sentencias injustas, que postergaron sus derechos y fueron criticadas ampliamente por todos¹⁶, y hemos reconocido el derecho a la movilidad¹⁷.

Los trabajadores también sufrieron la flexibilización laboral convalidada por este Tribunal en anteriores periodos, habilitando así la rebaja de salarios, las remuneraciones pagadas en negro por el propio Estado, o el despido arbitrario. Por el contrario, con la actual composición de la Corte, hemos declarado la inconstitucionalidad de diversas normas que disminuían los salarios de los trabajadores¹⁸, hemos afirmado el derecho a la estabilidad en el empleo público¹⁹ y, también, hemos declarado la invalidez de varios artículos de la ley de riesgos del trabajo²⁰.

10 “Ponzetti de Balbín” (Fallos: 306:1892).

11 “Arriola”, 25/08/2009 (Fallos: 332:1963); y “Gualtieri Rugnone de Prieto”, 11/08/2009 (Fallos: 332:1835).

12 “Gramajo”, 05/09/2006 (Fallos: 329:3680).

13 “Casal”, 20/09/2005 (Fallos: 328: 3399).

14 “López”, 06/03/2007 (Fallos: 330:399).

15 “Verbitsky”, 03/05/2005 (Fallos: 328:1146); y “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”, 13/02/2007.

16 A modo de ejemplo, puede citarse la causa “Chocobar” (Fallos: 319:3241).

17 “Sánchez”, 17/05/2005 (Fallos: 328:1602); “Badaro”, 26/11/2007 (Fallos: 330:4866); y “Elliff”, 11/08/2009 (Fallos: 332:1914).

18 Entre otros, en los precedentes “Mallo”, 29/11/2005 (Fallos: 328:4232); “Oriolo”, 05/10/2010 (Fallos: 333:1909); “Salas”, 15/03/2011 (Fallos 334:275).

19 “Madorrán”, 03/05/2007 (Fallos: 330:1989).

20 “Aquino”, 21/09/2004 (Fallos: 327:3753); y “Milone”, 26/10/2004 (Fallos: 327:4607).

Los enfermos que reclaman prestaciones de salud vieron negados sus derechos por muchos años; esta Corte consideró que había que terminar con esa situación: hemos reconocido el derecho a la asistencia médica frente a numerosas enfermedades y situaciones que son desesperantes²¹.

También hemos reconocido el derecho a la alimentación de los sectores más postergados²².

La vivienda es una necesidad vital para todos, y por eso hemos avanzado en darle un significado real a las palabras de la Constitución, que muchas veces parecieran estar escritas con la idea de no ser aplicadas. Hemos dicho que es necesario garantizar el derecho a la vivienda digna cuando se presentan situaciones de extrema urgencia y vulnerabilidad²³.

Debemos tener siempre la capacidad de conmovernos ante alguien que padece necesidades extremas, porque tolerar lo intolerable nos hace menos civilizados.

Esta afirmación es muy importante en un mundo donde hay un retroceso del bienestar de los ciudadanos, en un mundo donde hay madres que no pueden prometer un futuro a sus hijos, en un mundo donde se llama ciudadanos a quienes no tienen nada de nada, casi como una ofensa. En ese mundo es donde la Corte interpreta la Constitución y dice: “nunca menos”, en materia de derechos económico-sociales, como lo reclama el pueblo argentino.

Durante muchos años la Corte fue un lugar para pocos, cuando debió ser para todos, cuando debió ser la casa de todos los argentinos, sin distinciones. Por eso hemos insistido tanto en que concurren a esta sala, en audiencias públicas²⁴, los pueblos originarios, los organismos de derechos humanos, las organizaciones ambientales, los habitantes de las villas, los niños que habitan en las orillas del Riachuelo. Todos los ciudadanos, ricos o pobres, de la Capital Federal o del interior, tienen iguales oportunidades de acceso a la Justicia.

En esta generación también hemos incorporado muchos temas que no habían sido abordados con anterioridad.

Hemos protegido a los consumidores, porque todos sufrimos cuando el transporte no es seguro, cuando la luz se corta, cuando los servicios de medicina cumplen sus obligaciones, cuando no se nos informa; en fin, todos deseamos ser bien tratados, con equidad y con buena fe. Por eso hemos dado gran valor a la cláusula constitucional de protección de los consumidores, con fallos sobre seguridad en el transporte²⁵, en las rutas²⁶ y en los espectáculos deportivos²⁷, sobre trato digno²⁸ y, con carácter más general, sobre el derecho a la información²⁹. Se trata de una ética de respeto de los vulnerables, que, en este campo, somos todos.

21 Cfr., entre otras, las causas “Sánchez”, 20/12/2005 (Fallos: 328:4640); “Reynoso”, 16/05/2006 (Fallos: 329:1638); y “Floreancig”, 11/07/2006 (Fallos: 329:2552).

22 “Quiñone”, 11/07/2006 (Fallos: 329: 2759); “Rodríguez”, 07/03/2006 (Fallos: 329:553), y “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra -Provincia del Chaco”, 18/09/2007 (Fallos: 330:4134).

23 “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 24/04/2012 (Fallos: 335:452).

24 Reglamentadas por la Acordada 30/2007.

25 “Ledesma”, 22/04/2008 (Fallos: 331:819); y “Uriarte Martínez”, 09/03/2010 (Fallos: 333:203).

26 “Ferreira”, 21/03/2006 (Fallos: 329:646).

27 “Mosca”, 06/03/2007 (Fallos: 330:563).

28 Casos “Ledesma” y “Uriarte Martínez”, ya citados

29 Tal como se sostuvo, recientemente, en la causa A.917.XLVI “Asociación Derechos Civiles c/ EN –PAMI”, sentencia del 04/12/12.

La discriminación ha sido un tema central en nuestra agenda. Hemos dictado sentencias sobre igualdad en el acceso a los cargos públicos³⁰ y también hemos protegido al trabajador privado contra el despido arbitrario originado en un acto discriminatorio³¹. Por otra parte, hemos aplicado una política institucional muy fuerte en materia de igualdad de género a través de la Oficina de la Mujer, liderada por la Dra. Argibay, acompañada con fallos importantes como el relativo a las normas sobre el aborto no punible.

La protección del ambiente, incorporada en el artículo 41 de la Constitución, ha sido un tema central en esta Corte. Hemos enfrentado el problema de la contaminación del Ria-chuelo³² en un megaproceso que incluye a cinco millones de personas, cientos de empresas, varios municipios y estados. Lo hemos hecho con prudencia, señalando que se viola la Constitución cuando se contamina un río y se afecta la salud de los niños, pero dejando en manos de la administración la decisión de cómo limpiar ese río y de qué forma sancionar a las empresas involucradas. Lo mismo hemos hecho en numerosos conflictos ambientales a lo largo y ancho del país³³. En este tema, el escenario del mundo no es promisorio, porque las grandes corporaciones internacionales presionan sobre los gobiernos para explotar los recursos naturales, y hay un claro retroceso: por eso hablamos del principio de no regresión en materia ambiental. Es falso prometerles a los jóvenes un futuro que no tendrán si no cuidamos estos recursos; la lucha es ahora y debemos ser firmes, como lo hemos expresado con relación a la ley de glaciares.

Recientemente, en la reunión de Nairobi, hemos dicho que las corporaciones deben respetar los principios del Estado de Derecho. Esta regla no se aplica sólo a la cuestión ambiental, sino en todos los casos.

Para ello es esencial que seamos transparentes en nuestra conducta. Debemos mostrar una clara independencia de los intereses económicos; por eso es que la Corte dictó una acordada³⁴ diciendo que cuando recibimos a una parte, también debe estar la otra. Asimismo las empresas deben ser transparentes y no abusar del derecho, como lo afirmó la Corte en importantes casos en materia comercial³⁵.

Esta jurisprudencia de la Corte Suprema constituye una base de principios y valores constitucionales para toda la sociedad. Presenta un modelo de país, de sociedad, de principios a los cuales todos podemos adherir porque están en el contrato social de los argentinos.

Muestran un Tribunal que no es pasivo, autorrestringido o conservador, sino activo y progresista en el sentido de que desarrolla los derechos. Son numerosos los reconocimientos internacionales que estas decisiones han recibido.

En lo que se refiere a la organización interna, hicimos numerosos cambios dentro de la Corte: hemos disminuido la cantidad de sentencias; si separamos, como lo hace la Corte de USA, entre peticiones rechazadas y sentencias de fondo, hemos llegado a un número razonable que no supera las trescientas anuales y va descendiendo; hemos informatizado

30 Cfr., entre otros, los precedentes “Hooft”, 16/11/2004 (Fallos: 327:5118); “Gottschau”, 08/08/2006 (Fallos: 329:2986); y “Mantecón Valdés”, 12/08/2008 (Fallos: 331:1715).

31 “Álvarez”, 07/12/2010 (Fallos: 333:2306).

32 “Mendoza”, 20/06/2006 (Fallos: 329:2316) y los numerosos pronunciamientos dictados en el marco de dicho proceso.

33 Por ejemplo, en los autos “Universidad Nacional de Salta”, 16/11/2009 (Fallos 332:2859); y “Salas Dino”, 13/12/2011 (Fallos: 334:1754).

34 Acordada 7/04 (Fallos: 327:1359).

35 Ver, entre otras, las causas “Arcángel Maggio S.A.”, 15/03/2007 (Fallos: 330:834); y “Sociedad Comercial del Plata S.A.”, 20/10/2009 (Fallos: 332:2339).

procesos, notificaciones y oficios electrónicos; hemos asegurado el acceso a información transparente; hemos creado la Oficina de Análisis Económico; hemos fomentado las audiencias públicas; hemos transformado el cuerpo médico forense y de peritos oficiales mediante concursos públicos; en fin, en la Corte hubo más cambios en este periodo que en toda su historia.

Por esta razón, nosotros pensamos que el Poder Judicial también debe cambiar, y que esos cambios deben ser en beneficio del pueblo.

No ha sido una tradición que la Corte impulsara cambios; por un lado, porque en muchos casos no tiene facultades legales para hacerlo, y por el otro, porque estaba distanciada de los propios jueces. Nosotros pensamos distinto, y hace cinco años que realizamos conferencias nacionales de jueces de todo el país, que consensuaron varias políticas de Estado.

En nuestro país y en casi todo el mundo, hay dos preocupaciones centrales de la población: el acceso a justicia y la demora en la resolución de los pleitos.

Nosotros, con el liderazgo de la Dra. Highton, impulsamos una política de Estado sobre acceso a justicia, para que haya más mediación y menos juicios, para que haya más jueces cerca de los conflictos en los barrios y las personas no tengan que ir al centro, para que haya juzgados móviles en zonas alejadas, para que todos tengan un juez al cual hacer llegar su reclamo de justicia.

Pero la justicia lenta no conforma. Por eso impulsamos una política de Estado de gestión e informatización. Por eso, en la Justicia nacional y federal se completa este año el proceso más importante de la historia del Poder Judicial en el campo de la informatización y gestión, efectuado conjuntamente con el Consejo de la Magistratura, que permitirá acelerar los trámites.

Hay un tema que nos preocupa muchísimo y sobre el cual hablamos en el discurso del año pasado. Cada uno de los argentinos tiene en su memoria y en su corazón, el nombre de una tragedia: “República Cromañón”, “Lapa”, “Río Tercero”, “Once”, “Amia”, “Embajada de Israel”, “Juicios de lesa humanidad”. Las tragedias colectivas se transforman en tragedias judiciales porque las normas de procedimiento son antiguas, no están pensadas para las megacausas. Por eso es imprescindible convocar a los demás poderes del Estado, tanto nacional como provincial, para discutir un régimen procesal especial para estas tragedias, para que no veamos grupos de personas reclamando justicia año a año. Ese régimen también debe incluir a las acciones preventivas.

Es necesario que todos actuemos conjuntamente: que se legisle para hacer procedimientos más sencillos, que se nombren más jueces y que los jueces, empleados y funcionarios hagan un esfuerzo para que los que padecen injusticias no sufren demoras injustificadas.

También es necesario impulsar nuevos modelos.

El juez que se mira a sí mismo debe dejar paso al juez que mira a la sociedad. Durante casi toda su historia, la Corte fue desconocida para el pueblo y por eso hemos desarrollado una política muy fuerte en este aspecto. Hemos creado el Centro de Información Judicial (CIJ), donde se publican todas las sentencias que son más simples y con fundamentos separados explicados para el ciudadano común, ya que el acceso a la información y el gobierno abierto constituyen políticas de transparencia muy importantes para nosotros.

El juez pasivo debe dar paso al juez activo. Durante muchos años el Poder Judicial y la Corte cumplieron un rol pasivo, de autorrestricción, lo cual hizo que el Poder Judicial fuera un lugar donde se restringían derechos como instrumento de control social. Nosotros desarrollamos un rol activo, con casos de agenda pública, que llevan a un diálogo de podes-

res. La Corte es un lugar donde se expanden derechos y se abren las puertas para cooperar en la transformación de un país.

Por esta razón es importante reflexionar sobre el lugar institucional que ocupa la Corte dentro del sistema social y político, que se manifiesta en dos campos fundamentales.

En primer lugar, a través del fortalecimiento del Estado de Derecho.

En los años treinta la Corte convalidó la legislación de facto³⁶ y hubo períodos de dictadura durante los cuales la posición de los jueces no fue lo suficientemente firme. Hemos cambiado esa posición, hemos reconocido la categoría de los delitos de lesa humanidad que permitió declarar la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía³⁷, de los indultos³⁸ y reabrir los juicios al no existir prescripción³⁹. Con ese sustento creamos la Comisión Interpoderes que coordina la infraestructura de los procesos que se realizan en todo el país, lo que constituye una de las experiencias más importantes del mundo en la materia.

No sólo debemos cuidar la memoria, sino también sentar las bases para que nuestros hijos y nietos puedan decir lo que piensan, discutir libremente, soñar con cambiar el mundo, sin que nadie los persiga.

La Corte ha dicho “nunca más” como lo reclamara el pueblo argentino.

En segundo lugar, es muy relevante examinar la participación de la Corte en la construcción del modelo de país.

Hace ciento cincuenta años había conflictos graves, pero imperaba la idea de la homogeneidad; todos debían pensar de la misma manera, era un pensamiento único que se quería imponer. En aquellos años, la Corte cumplió esa función de consolidar un consenso homogéneo, pero eso ya no es posible en sociedades democráticas, con pluralidad de intereses y multiculturales.

Ya no hay pensamiento único, hay conflictos y consensos básicos o mínimos.

El conflicto debe existir, es el motor de la vida social; no hay que tener miedo a los debates fuertes, a la colisión de intereses, porque es lo que permite la transformación de las sociedades.

También el consenso debe existir, pero referido a un marco general de acuerdos sobre algunas reglas básicas. Es lo que ocurre en los partidos de fútbol: los jugadores compiten, las hinchadas se gritan, hay pasión y sentimientos, pero nadie cambia el reglamento o el árbitro para poder ganar el partido.

Nuestra historia, en cambio, muestra que hemos cuestionado y cambiado las reglas básicas, hemos apostado a una refundación constante, a un debate permanente sobre los fundamentos⁴⁰. La consecuencia de esto es que cuando creemos haber llegado a una conquista, viene otro periodo y cambia la dirección; es el giro pendular, la historia del país se parece a la conducta de Penélope que mencionó alguna vez el Dr. Zaffaroni, porque se teje y se destaje, o bien al mito de Sísifo, que he citado en mis libros, condenado al trabajo inútil, porque todo lo que se hace de una manera, es destruido para volver a comenzar⁴¹. Es

36 Dicho proceso se inició con la acordada del 10 de septiembre de 1930 (*Fallos*: 158:290), mediante la cual se reconoció al gobierno de facto de José Félix Uriburu, quien había encabezado, unos días antes, el golpe de Estado que derrocó al presidente constitucional Hipólito Yrigoyen, estableciendo así una dictadura militar, la primera de una larga serie que se extendió hasta 1983.

37 “Simón”, 14/06/2005 (*Fallos*: 328:2056).

38 “Mazzeo”, 13/07/2007 (*Fallos*: 330:3248).

39 “Arancibia Clavel”, 24/08/2004 (*Fallos*: 327:3312).

40 SHUMWAY, Nicolás, *La invención de la Argentina. Historia de una idea*, Emecé Editores, Buenos Aires, Argentina.

41 Sísifo fue condenado a subir una piedra hasta la cima de la montaña; cuando llegaba, la piedra caía y volvía a comenzar. Conf. CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, 10ma ed., Losada, Buenos Aires, 1953

la historia de los argentinos, es la historia de mi generación; por eso escribí un libro hace treinta años diciendo que hemos sido buenos militantes de verdades parciales, pero que, para que se consoliden, es necesario pensar la totalidad del sistema. Casi todos los grandes pensadores, de distintas corrientes, han hecho esta evolución. Hace poco, en una reunión en Brasil, estaba Leonardo Boff, creador de la teología de la liberación, a quien nadie puede acusar de que no cree en el conflicto, diciendo que la búsqueda más importante de la humanidad es un conjunto de valores mínimos que puedan ser compartidos por todos para asegurar una convivencia pacífica y el cuidado de la tierra, que es el gran pobre de nuestros días; son los cimientos de la casa, dentro de cada habitación, están las pasiones.

Es decir, no se busca el consenso total en el sentido de que todos piensen lo mismo, no se busca suprimir el conflicto, que es lo que permite avanzar y transformar, pero sí es necesario que existan principios comunes que permitan expresar la diferencia.

Hay argentinos del norte y del sur, pueblos originarios e inmigrantes, de religión católica o judía, liberales o progresistas, pero todos tienen el rasgo común de ser seres humanos, de albergar iguales temores frente a la adversidad, de sufrir las mismas necesidades y de compartir el deseo de un futuro mejor para sus hijos.

La gran tarea es consolidar esos principios en el pueblo y no en un grupo reducido.

Por eso, la función de la Corte es trabajar sobre las reglas básicas, identificar los consensos de la sociedad; no es buen juez quien quiere imponer sus propias convicciones o las de un sector a todos los demás, porque esa decisión no dura en el tiempo.

Por eso es que a algunos les llama la atención nuestra posición de equilibrio, les parece ambigua. Es claro que si uno está en la lucha debe inclinarse por una de las verdades, pero si tiene que solucionar el conflicto, debe tener la sabiduría de encontrar una solución equilibrada, sustentable en el tiempo, basada en principios que uno pueda defender cuando gane y cuando pierda, cuando tenga poder o cuando sea débil⁴². Esta Corte no es ambigua con los principios, que son claros y coherentes.

En esta tarea la Corte no debe gobernar, debe ser consistente con las decisiones de la mayoría del pueblo. Pero no siempre es así, porque hay suficiente experiencia en el mundo que muestra que las mayorías han tomado decisiones inconstitucionales, como por ejemplo apoyar el Holocausto, el terrorismo de Estado, o la pena de muerte. Por eso es que existen los derechos humanos que son inderogables⁴³, por eso se habla de democracia constitucional, por eso es que las decisiones de las mayorías pueden ser declaradas inválidas por los jueces cuando son contrarias a la Constitución.

42 Los tribunales deben ser conscientes de que existen principios y valores en tensión, pero que hay un “metavalor”, que es el pluralismo de valores, y para encontrar una solución pueden recurrir a una razonabilidad basada en los principios de una democracia deliberativa. Ver LORENZETTI, Ricardo, Teoría de la decisión judicial, Rubinzel-Culzoni, Buenos Aires, 2006. Sobre la democracia deliberativa como criterio para la decisión y temas relacionados, hay numerosas obras: HABERMAS, Jurgen, Teoría de la Acción Comunicativa, Taurus, 1987; 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; NINO, Carlos S., La construcción de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 178. ELSTER, Jon, Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, Fondo de Cultura Económica, 1995, y luego Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones, Gedisa, Barcelona, 2002.

43 En general, los derechos humanos han sido expresión del disenso respecto de un consenso precedente y por ello diversos autores los han definido en base a esta característica señalando que son derechos contra el Estado o derechos a disentir. FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Ed. Trotta, 2001. PECCES-BARBA, Gregorio, El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989, pág. 44; DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, trad. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 230 y 276.

Por eso es que la Corte mantiene siempre sus principios, que son los de la Constitución, los del contrato social de los argentinos.

Concluyendo:

Nuestra misión no es dejar un registro para las crónicas policiales de peleas entre vecinos; nuestra misión es dejar un registro para la historia. Por eso es que debemos concentrarnos en los grandes temas del país, que preocupan a nuestro pueblo y preocuparán a las futuras generaciones.

La Corte debe ser la casa de todos los argentinos, porque debe garantizar sus derechos y expandirlos.

Debe ser un poder del Estado que contribuye al diseño de un país. Nunca hemos dicho al poder político lo que tiene que hacer, sino que hemos dicho lo que es contrario a la Constitución, o hemos afirmado lo que la Constitución quiere que se haga.

Lo que la Constitución quiere que hagamos es que defendamos un país con libertades personales, con igualdad, sin exclusión social, con sustentabilidad ambiental, sobre la base de una serie de principios que todos compartimos, sin perjuicio de nuestras diferencias. No debemos permitir otra frustración, otro ciclo pendular, nunca más y nunca menos.

Esa es nuestra función, que ciertamente parece abrumadora.

Esa misma sensación tuve cuando me recibí de abogado: pensé en el enorme esfuerzo que habían hecho mi padre, empleado de comercio, y mi madre, maestra; en la gran inversión que había hecho el país al darme una educación gratuita, en la enorme expectativa que los ciudadanos tenían en la Justicia; y me pareció abrumador. Mis colegas, que tienen todos el mismo origen, deben haber sentido algo similar.

Pero todos respondimos con trabajo, con pasión, con ideales y llegamos hasta donde pudimos; no podemos hacer todo, somos humanos; seguramente no es el final, pero es un paso más en una dirección que va sumando voluntades todos los días.

Porque los jóvenes y los grandes quieren tener un país con sentido, quieren sueños de altura.

Decía León Felipe que Don Quijote está ocioso, por la falta de ideales. No nos detengamos en cuestiones menores, tengamos ideales, construyamos un gran modelo constitucional propio, con nuestra identidad, con defensa de los derechos humanos, del ambiente, de manera que podamos dejar un futuro de realizaciones para que los jóvenes se sientan orgullosos de esta generación.

Nada más y muchas gracias.

ACORDADAS Y RESOLUCIONES**AÑO 2013****FEBRERO - JULIO****ACORDADAS (*)**

1. Crear la Base General de Datos de Bienes Secuestrados y/o Comisados en Causas Penales de competencia de la Justicia Nacional y Federal. -Nº 1-.
2. Disponer para el Año 2013 que todos los documentos oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberán estar precedidos por la leyenda “Año de su sesquicentenario”. -Nº2-.
3. Solicitar del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación que arbitre las medidas necesarias para que queden liberados los espacios ocupados por las dependencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y que disponga la ejecución de las obras de adecuación de la ex-Unidad 22 para su rehabilitación. Requerir al Servicio Penitenciario Federal que tenga a bien tomar intervención a los efectos de brindarle al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación el apoyo técnico al respecto. -Nº3-.
4. Incrementar los fondos del Poder Judicial de la Nación: el Fondo de Infraestructura, Equipamiento y Gestión y el Fondo Anticílico, de la CSJN.
-Nº4-.
5. Feria Judicial Julio 2013. -Nº5-.
6. Incrementar los fondos del Poder Judicial de la Nación: el Fondo Anticílico y el Fondo Estímulo para el Personal del Poder Judicial de la Nación, de la CSJN. -Nº6-.
7. Autorizar la intervención de Amigos del Tribunal, con arreglo al reglamento que forma parte integrante de la presente Acordada. Dejar sin efecto las Acordadas CSJN Nros. 28/2004 y 14/2006. Disponer que el nuevo régimen se aplicará para las causas en que el llamamiento de autos, o la recepción de los autos principales en el caso de los recursos de queja, tengan lugar con posterioridad a la publicación de la presente. -Nº 7-.
8. Declarar inhábiles los días 17, 18 y 19 de abril de 2013 para todos los Tribunales Nacionales y Federales del país. -Nº 8-.
9. Declarar inhábiles los días 24, 25 y 26 de abril de 2013 para todos los Tribunales Nacionales y Federales del país. -Nº 9-.

10. Declarar inhábil el día 3 de mayo de 2013 para todos los Tribunales Nacionales y Federales del país. -Nº 10-.
 11. Declarar inhábiles los días 8, 9 y 10 de mayo de 2013 para todos los Tribunales Nacionales y Federales del país. -Nº 11-.
 12. Declarar inhábiles los días 7 y 13 de mayo de 2013 para todos los Tribunales Federales y Nacionales que funcionan en los edificios de Marcelo T. de Alvear 1840 y Av. de los Inmigrantes 1950. -Nº 12-.
 13. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10% a partir del 1º de marzo de 2013, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -Nº 13-.
 14. Disponer que el uso del Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ) en todos los Juzgados, Tribunales y dependencias del Poder Judicial de la Nación, será de carácter obligatorio, en toda actuación vinculada con la tramitación de las causas. El SGJ será el único medio informático admitido en la gestión de las causas judiciales. -Nº 14-.
 15. Establecer que las Cámaras Federales o Nacionales, así como los Tribunales Orales, publicarán -exclusivamente- todas las sentencias, acordadas y resoluciones administrativas que suscriban a través del Centro de Información Judicial (CIJ). -Nº 15-.
 16. Crear la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad, que estará integrada por un Comité Ejecutivo conformado por funcionarios de la CSJN y por un Comité Consultivo en el que se invitará a participar a los representantes de las Cámaras Nacionales y Federales, de la Morgue Judicial, de la Unión de Empleados de Justicia de la Nación (UEJN), de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN), de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de la Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju.Fe.Jus.) y de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial (FAM). Asimismo se convocará a participar a las Universidades Públicas y Privadas. -Nº 16-.
 17. Disponer que la legalización de las firmas de los jueces de los Tribunales Orales sea practicada por los secretarios de las Cámaras de las jurisdicciones respectivas. -Nº 17-.
 18. Autorizar al Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a suscribir un convenio con el Ministerio Público a los efectos de establecer un sistema de arancelamiento de las prestaciones que se brindan a los integrantes de dicho organismo a través del Departamento de Medicina Preventiva y Laboral. -Nº 18-.
 19. Autoridades de Feria Julio 2013. -Nº 19-.
 20. Reglas Prácticas para la aplicación de Videoconferencia en Causas en Trámite. -Nº 20-.
- (*) Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el sitio web www.csjn.gov.ar - Administración General - Acordadas.

RESOLUCIONES (*)

1. Disponer un reajuste en las cuotas correspondientes a los afiliados extraordinarios de la OSPJN y en los montos mínimos establecidos para los afiliados adherentes, con vigencia a partir del 1º de febrero de 2013. -Nº 11-.
2. Disponer un reajuste en las cuotas correspondientes a los afiliados extraordinarios de la OSPJN y en los montos mínimos establecidos para los afiliados adherentes, con vigencia a partir del 1º de junio de 2013. -Nº 1305-.

(*) Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el sitio web www.csjn.gov.ar – Administración General – Resoluciones.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

FEBRERO

ALVAREZ ORDOÑEZ, RAFAEL LUIS s/ CAUSA N° 10154

REINCIDENCIA

Cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de las personas que exceden el hecho y se enmarca dentro del derecho penal de autor.

-Disidencia del juez Zaffaroni. La mayoría de la Corte desestimó el recurso por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma. La jueza Argibay, en su voto, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN).
-En igual sentido: G. 506. XLVII “Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074” (5/2/2013) y C. 449. XLIX. “Cabail Abad, Juan Miguel s/ causa N° 16.035” (6/3/2014), entre otros, disidencias del juez Zaffaroni.-.

REINCIDENCIA

La decisión que niegue cualquier beneficio en razón de la aplicación literal del art. 14 del Código Penal -libertad condicional- incurre en una arbitrariedad manifiesta, pues tal aplicación literal y fuera del contexto de dicho Código ignora el significado de la reforma sufrida por el art. 52 del mismo texto conforme a la ley 23.057, atento que hasta la sanción de tal reforma, la pena del art. 52 se consideraba independiente del instituto de la reincidencia y desde la reforma quedó establecido claramente en la ley que esa pena corresponde a supuestos de multireincidencia que la ley especifica con precisión.

-Disidencia del juez Zaffaroni. La mayoría de la Corte desestimó el recurso por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma. La jueza Argibay, en su voto, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN).
-En igual sentido: G. 506. XLVII “Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074” (5/2/2013) y C. 449. XLIX. “Cabail Abad, Juan Miguel s/ causa N° 16.035” (6/3/2014), entre otros, disidencias del juez Zaffaroni.-.

REINCIDENCIA

El artículo 14 del Código Penal debía integrarse con el 52 y consiguientemente con

el 53, pues ahora está claro que todos ellos regulan el mismo instituto y por ende, si el Código Penal autoriza la libertad condicional en casos de multireincidencia o de reincidencia calificada, a fortiori no puede entenderse que la impide en los casos de reincidencia simple.

-Disidencia del juez Zaffaroni. La mayoría de la Corte desestimó el recurso por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma. La juez Argibay, en su voto, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-.

-En igual sentido: G. 506. XLVII "Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074" (5/2/2013) y C. 449. XLIX. "Cabail Abad, Juan Miguel s/ causa N° 16.035" (6/3/2014), entre otros, disidencias del juez Zaffaroni-.

REINCIDENCIA

El artículo 14 del Código Penal es inconstitucional porque presume juris et de jure que se hallan presentes en el caso todas las condiciones con las que se ha intentado legitimar la agravación por reincidencia, sin permitirle al magisterio penal la evaluación de ellas en los casos concretos, que sería presupuesto elemental de la imposición de la agravante y además, porque no puede explicarse por qué razón contempla la libertad condicional para el multireincidente calificado y no para el reincidente simple.

-Disidencia del juez Zaffaroni. La mayoría de la Corte desestimó el recurso por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma. La juez Argibay, en su voto, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-.

-En igual sentido: G. 506. XLVII "Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074" (5/2/2013) y C. 449. XLIX. "Cabail Abad, Juan Miguel s/ causa N° 16.035" (6/3/2014), entre otros, disidencias del juez Zaffaroni-.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de febrero de 2013.

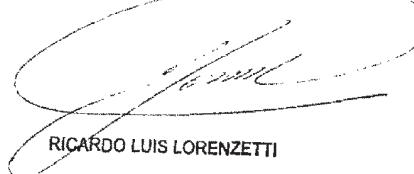
Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Rafael Luis Álvarez Ordóñez en la causa Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

Por ello, se desestima la queja. Intímase 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 previsto por el artículo 286 del Código Procesal Ci-

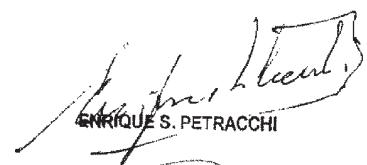
vil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

VO-11-

ENRIQUE S. PETRACCHI

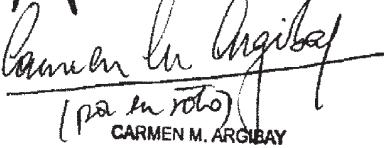


E. RAÚL ZAFFARONI



JUAN CARLOS MAQUEDA

-1-



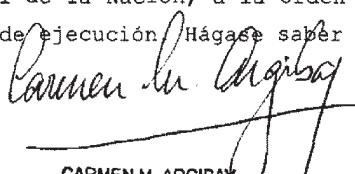
CARMEN M. ARGIBAY

-1--TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, resulta inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Intímase al 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 artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.



CARMEN M. ARGIBAY

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que Rafael Luis Álvarez Ordóñez fue condenado en fecha 23 de abril de 2008 a la pena única de prisión de treinta y tres años y seis meses, y se lo declaró reincidente. En el mes de septiembre de 2008, la defensa solicitó su libertad condicional, basada en el tiempo de detención cumplido, que superaría el plazo previsto por el artículo 13 del Código Penal, para acceder a la libertad condicional.

2º) Que el juez a cargo del Juzgado de Ejecución Penal nº 1, no concedió la libertad asistida al condenado, y tampoco hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, tal como le fuera solicitado por la defensa. Fundó su decisión en el entendimiento de que, en el caso particular, la pena impuesta al condenado sumado a la declaración de reincidencia imposibilitaría su reintegro al mundo libre.

3º) Que contra esa resolución, la Defensora de Ejecución interpuso recurso de casación que le fue concedido y que mantuvo adecuadamente. Se agravia porque considera que el magistrado de grado ha transgredido el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, ya que en su resolución expuso "Que sin perjuicio de mi opinión personal coincidente con la correctamente argumentada por la defensa oficial, cuyos argumentos sintéticamente expuestos a fs. 339/342 comproto, no habiendo variado la interpretación constitucional dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cuestión federal planteada... es mi deber aplicar en el caso aquí planteado la jurisprudencia del máximo tribunal...". Por ello, entiende que el juzgador resolvió el tema en contra de su propio criterio y aplicando el de su superior jerárquico, sin que mediara fallo plenario que lo hiciera exigible. Como efecto de esa decisión, el juzgador no dio tratamiento a los planteos de la defensa, sustentando su resolución en argumentos meramente formales y conculcando el derecho de de-

fensa y el de ser oido.

4º) Que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió por mayoría, no hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa y en consecuencia, mantener la denegatoria de la libertad asistida a Rafael Luis Álvarez Ordóñez. Para tomar esa decisión, el voto que lideró el acuerdo de la mayoría partió del análisis del artículo 50 del Código Penal, en su redacción según ley 23.057, que define la modalidad de reincidencia adoptada por nuestro código y citó en su abono, varios fallos dictados por esta Corte que avalan la aplicación de mayor reproche, para aquellos que habiendo delinquido y cumplido total o parcialmente una pena privativa de libertad, demuestren desprecio por el castigo padecido.

Entendió asimismo, que "...el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero en forma alguna impide que el legislador tome en cuenta la anterior condena -entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en un nuevo delito penal. Esto implica una decisión de política criminal que queda exenta del control de constitucionalidad judicial".

5º) Que contra esa decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario. Se agravó por considerar que el fallo recurrido resulta lesivo del "...del principio de culpabilidad, de la garantía ne bis in idem, del principio de igualdad, de proporcionalidad, reserva, legalidad, de la libertad ambulatoria, del principio penal de acto y del principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, del derecho de defensa y a ser oido por los jueces, principios ellos que revisten carácter constitucional...". Desarrolla los motivos por los que considera vulneradas las garantías enumeradas y agrega: "La reincidencia también agravia en forma ostensible los principios del derecho penal de acto, en tanto crea la categoría de

personas reincidentes, a quienes impone un derecho penal más riguroso en virtud de otros hechos, ocurridos, juzgados y computados en el pasado".

Como síntesis, aclara que le resulta dificultoso desvincular el pedido de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal de la de la reincidencia (artículo 50 del Código Penal), ya que en el presente, la única consecuencia práctica que genera la calificación de reincidente, es impedir el egreso anticipado de quienes se encuentran en esa condición.

La Cámara de Casación declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto, acompañando la opinión fiscal, por discrepante por el adoptado por esa Cámara.

La defensa del condenado interpuso ante esta Corte, queja por denegación del recurso extraordinario y mantuvo los agravios.

6º) Que corresponde hacer lugar a la queja y considerar procedente el recurso extraordinario interpuesto, toda vez que la sentencia que se cuestiona proviene del tribunal superior de la causa, ya que se impugna un pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, en tanto que el conflicto que se plantea es entre una norma de derecho común, artículo 14 del Código Penal y normas de la Constitución Nacional (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a ella (artículos 5º, 6º y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

7º) Que los planteos de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (artículo 50 del Código Penal) y del artículo 14, de este último en cuanto impide al reincidente obtener la libertad condicional en forma absoluta, esto es, sin excepción alguna y, por ende, cancelando todo espacio de valoración a la potestad judicial, son solo en parte inescindibles, esto es: (a) si se declara inconstitucional el instituto de la reincidencia en cuanto a su consideración como agravante de penas, es consecuencia lógica de tal consideración la consiguiente

invalidez constitucional del artículo 14 del Código Penal; pero (b) al margen de la anterior cuestión, o sea, aun considerando constitucional la agravación por reincidencia, existen argumentos para cuestionar la compatibilidad del artículo 14 con la Constitución Nacional.

Debido a ello habremos de separar aquí los planteamientos, tratando primero la cuestión de la reincidencia en cuanto agravante de penas y pasando luego a los que al margen de esa cuestión son propios del artículo 14 del Código Penal.

8º) Que la reincidencia es un instituto que se ha mantenido en el tiempo, a pesar de que parte de la doctrina desde antiguo le ha negado fundamento, y la que se lo reconoce no acierta a dar con argumentos satisfactorios, mucho menos coincidentes y ni siquiera compatibles. Esto último se verifica mediante la enorme pluralidad de criterios con los que se la ha querido y se la quiere legitimar.

9º) Que lo anterior parece dar la impresión de que nos hallamos ante una suerte de obstinación doctrinaria que, en todas las épocas, ha partido de la previa decisión de legitimarla para luego procurar los argumentos legitimantes.

Ninguna obstinación de esta naturaleza respecto de instituciones penales de data secular ha sido gratuita a lo largo de la historia del derecho penal, sino que siempre ha respondido a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad de escándalo mediático.

Tal ha sucedido con la abolición de la tortura, para lo cual basta recordar que mientras Pietro Verri escribía su libro *Osservazioni sulla tortura*, que por cierto dejó inédito en su época, su padre Gabriele Verri, senador del patriciado milanés, escribía un dictamen negándose a extender a la Lombardía austriaca la abolición de María Teresa de Austria aconsejada por Josef von Sonnenfels en *Über die Abschaffung der Tortur* de 1775, lo que demoró la abolición de esa aberración en la región hasta el código de José II o Josefino, pese a que habían transcurrido un siglo y medio desde la *Cautio criminalis* de Friedrich Spee y un siglo desde las Ordenanzas francesas de 1680.

Algo parecido vive el mundo actual con la llamada pena de muerte. Desde la pionera abolición portuguesa y la toscana de Pietro Leopoldo hasta hoy, el abolicionismo ha cundido por el mundo civilizado. Nuestro país la abolió de su legislación ordinaria en 1921 y recientemente de la legislación penal militar, con lo cual se inscribe entre los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, conforme a la cláusula de abolición progresiva, tiene constitucional e internacionalmente prohibido restablecerla. No obstante, por razones políticas internas, electoralistas y coyunturales, una de las mayores y pioneras democracias del mundo, como son los Estados Unidos, y pese a que en 1972 una digna y admirable Suprema Corte la declaró inconstitucional con el voto señorío de su juez decano, sigue dando el triste y lamentable espectáculo de imponerla selectivamente y con frecuentes errores judiciales.

10) Que la reincidencia es un instituto de pareja antigüedad y el desconcierto de la doctrina jurídico-penal en todo el mundo demuestra la voluntad inquebrantable de legitimarla apelando a argumentos incompatibles, a veces con las bases mismas del republicanismo.

11) Que por varias vías se ha apelado discursivamente a sostener que el reincidente lesiona dos bienes jurídicos: uno inmediato que es el de la víctima y otro político, que es la alarma que provoca. Este fue el criterio en que se basaron los redactores del Codice Zanardelli y que fue criticado duramente por autores de todos los tiempos, desde Carrara hasta Antolisei, observando que el daño político es solo eventual, porque por lo general los únicos que se enteran son los policías y los magistrados.

Ante lo insostenible del doble daño por esta vía, Vincenzo Manzini lo transformó en la lesión a un interés general del estado en la conservación del orden jurídico. Esto significa que se considera la obediencia al estado como un bien jurídico lesionado en todo delito y que resulta más lesionado por el reincidente, con lo que se subestima penalmente el bien jurídico

del victimizado. Tal posición equivale a decir que en todo delito se lesiona un derecho de la persona (o de la comunidad) pero que siempre hay un bien jurídico estatal, que no puede ser otro que un derecho del estado a la obediencia.

Teniendo en cuenta el tiempo político en que escribía Manzini y su ideología, es explicable el argumento, pues se corresponde con el derecho penal antiliberal del fascismo, notoriamente diferente al del nazismo. El penalismo fascista no suprimió el principio de legalidad, sino que lo mantuvo pero como seguridad para el estado y no para el ciudadano.

Cuando en plena época de entre guerras se caracterizó la diferencia entre los dos derechos penales antiliberales más desarrollados, fue Georg Dahm quien la sintetizó con la mayor claridad (*Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, 1935), afirmando que si bien la característica común era el antiliberalismo, la esencia diferencial provenía del modelo político: para el fascismo el estado creaba la nación, que vive con la máxima intensidad y en forma directa en las instituciones estatales, por lo que la ley devendría sin más en una norma ética y nacional. Así como el estado creaba la nación, la ley creaba el derecho, no habiendo nación fuera del estado ni derecho fuera de las leyes. No existía ninguna separación entre el orden legal y el de la comunidad, ni entre el ilícito material y la lesión legal formal. En este sentido, advertía con inteligencia, que no faltaban antecedentes doctrinarios no menores, por lo que sostenía que *Binding y su escuela se hallan vivos en el derecho penal fascista*. En consonancia con este principio la *Proluzione al Re* del Código de Rocco de 1930 decía: *Como organismo político y jurídico, el Estado se concibe como la población de un determinado territorio organizado política y jurídicamente bajo un poder supremo en modo tal de adquirir la capacidad de querer y actuar como un todo unitario, para la obtención de sus fines colectivos y adquirir así una distinta y autónoma personalidad, al tiempo social, política y jurídica (Relazione al Re, en Gazzetta Ufficiale, 26 de octubre de 1930)*. Es bastante obvio que estas

consideraciones son por completo ajenas y repugnan a nuestra Constitución y a la legislación penal que en su consecuencia se sanciona por el Congreso de la Nación. El estado argentino no es orgánico ni menos aún corporativo; los habitantes de la Nación Argentina no son empleados del estado ni están sometidos a ningún derecho disciplinario, por lo cual en nuestro orden jurídico y como mínimo desde 1853, el argumento es inaceptable.

Aunque un tanto más elaborado, no dista mucho del anterior la explicación que brinda Armin Kaufmann cuando afirma que el delito del reincidente viola dos normas, una que prohíbe la comisión del delito y otra que prohíbe cometer cualquier delito con posterioridad.

En principio, cabe observar que semejante construcción, con la deducción o invención de una norma que queda flotando, por lo menos no respeta la regla de la simetría constructiva y más bien parece una abierta ofensa a la estética jurídica que reclamaba Gustav Radbruch.

Kaufmann dejaba una norma sin destino, que no se sabe qué bien jurídico exige que se lesione y que, en último análisis, no puede ser sino un general y vago interés disciplinante.

Cabe observar que históricamente está demostrado que cuando el interés disciplinante (o un supuesto derecho independiente del estado a la obediencia, que alcanza su máximo grado con la supresión del bien jurídico y la sanción de meros delitos de desobediencia en planteos autoritarios o lleva directamente a concebir la esencia del delito como pura violación de deber, por ejemplo, Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935), se extiende a todos los habitantes, por lo que nos hallamos ante una manifestación de corporativismo u organicismo estatal muy peligrosa, pues tiene un trasfondo de estatización de todos los bienes jurídicos y al mismo tiempo el sometimiento de todos los habitantes a un poder disciplinario administrativo elevado a la categoría penal. Se torna borrosa la diferencia entre el poder sancionador disciplinario destinado a

los servidores del estado y el poder punitivo destinado a todos los habitantes. No cabe dejar de lado la observación de que la administratización de todo el derecho penal importa la consagración del inquisitorio.

12) Que la otra vertiente legitimante es la del peligrosismo positivista, al estilo de Enrico Ferri, producto del cruce de las agencias médicas con las policiales en los finales del siglo XIX, que dio por resultado la consagración de criterios discriminatorios y abiertamente racistas, que concluyeron en las mayores atrocidades de la humanidad, pues se basó en la cosificación del ser humano, incompatible con nuestra antropología jurídica constitucional. Todo ello sin contar con que desemboca en un derecho penal de autor que confiesa sin tapujos y que históricamente se puso de manifiesto con el único autor terriblemente coherente dentro de este pensamiento materialista grosero, que fue Krylenko, quien en su proyecto, directamente eliminó la parte especial. A medio camino se quedó el propio Enrico Ferri y sus secuaces al propugnar la pena por peligrosidad sin delito.

De cualquier manera, incluso dentro de esta vertiente, la reincidencia no encuentra una explicación satisfactoria, pues la peligrosidad sostenida por todos los autores positivistas en sus diversas variantes, desde el propio Enrico Ferri hasta Franz von Liszt, es un supuesto juicio de probabilidad y como tal un juicio fáctico, que debe realizarse en cada caso concreto pues es el pronóstico de probable conducta futura referido a una persona concreta, de carne y hueso, o sea que cuando se pretende que la reincidencia tiene por fundamento el juicio de peligrosidad, queda sin explicación una cláusula que invariablemente, para todos los delitos, en todos los casos y para todas las personas, imponga una agravación de la pena.

Para evitar esta contradicción, en el afán de legitimar y de combinar lo incompatible, se ha apelado a un pseudoconcepto incomprensible, como el de *peligrosidad presunta*. Hay pe-

ligrosidad o no hay peligrosidad; si se la presume *juris et de jure* es porque, al menos en algunos (o en muchos) casos se da por cierto que la hay cuando no la hay. Es decir, que la reincidencia se funda en la mayor peligrosidad incluso cuando no hay mayor peligrosidad. El nivel de mínima racionalidad del derecho impuesto por el principio republicano no puede aceptar una construcción semejante. Por otra parte, no es posible olvidar que las presunciones *juris et de jure* obedecen a razones prácticas y en general son incompatibles con el derecho penal cuando operan ampliando límites de punibilidad.

13) Que no faltan los argumentos que deambulan por las distintas variables de la culpabilidad de autor, de personalidad o de carácter.

La culpabilidad del carácter o de la personalidad, o sea, la que afirma que cuanto más compatible o propio de la personalidad del autor es el delito, mayor es la culpabilidad, porque en definitiva se le reprocha *lo que es* y no *lo que ha hecho* (que pasa a ser un *signo o síntoma revelador*), no pasa de ser una normativización de la peligrosidad positivista, con el agravante de que la vuelve abstracta y moralizante, de forma que queda subordinada al criterio arbitrario del poder político o judicial, encaminado a la individualización de los enemigos.

Es muy claro que en nuestro sistema se pena lo que la persona ha hecho y no lo que la persona es. Los tipos criminológicos de autor no pueden constitucionalmente convertirse en tipos legales, como lo ha hecho en otros tiempos el derecho penal autoritario, que abrió las puertas al tipo de autor, que se revelaba con la mera expresión de voluntad (*Willenstrafrecht*) y el desprecio a la lesión o resultado lesivo (Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940; Dahm-Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, 1938), frecuente también en otros autores que manipulaban las tesis del neokantismo por esos mismos años (Zimmel, por ejemplo). La idea de tipo de autor es de cuño antiliberal de vertiente nazi: el autor era un *traidor a la comunidad del pueblo* (*Volksgemeinschaft*), cuyo carácter lo revelaba su mera voluntad (*Willen*) y ni siquiera ésta, sino su disposición inter-

na o intencionalidad moral (*innere Gesinnung*) traidora o enemiga (*Feind*). Había un tipo de autor doctrinario inventado por autores pre-nazistas, pero para los cuales no era ladrón quien cometía un robo, sino quien respondía al tipo de autor ladrón. Para la versión conforme al nazismo, cuya base no se hallaba en el estado sino en una comunidad viva y natural definida por la raza e integrada por nacimiento y no por elección, el delito era siempre omisivo (se omitía cumplir con el deber impuesto por este organismo racial) y la reiteración de esa omisión revelaba la traición (*Verrat*) a ese cuerpo. Debido a esto y a diferencia del autoritarismo fascista, el derecho penal nazista borraba el principio de legalidad, pues reincorporaba al derecho penal toda la ética social volviendo a la premodernidad.

Solo un estado absoluto o un pretendido organismo puede atribuirse la facultad de reprocharle a un ciudadano su personalidad. La historia demuestra que doctrinarios propios de estos regímenes o simpatizantes -no muy ocultos- de ellos, son los que han propugnado semejante culpabilidad de autor.

Una variable de esta culpabilidad de autor la inventó Edmund Mezger con su culpabilidad por la conducción de la vida, reprochándole al sujeto todo su curso vital, su elección existencial misma, lo que es inaceptable, por un lado porque el estado que pretende esto es un monstruo omnípotente, y por otro porque todo lo anterior al delito es atípico, lo que para Mezger no era obstáculo alguno, dado que elaboró su tesis en vigencia de un derecho que había derogado el principio de legalidad, habiendo participado personalmente en la elaboración del proyecto de derogación que se concretó en la reforma nazista de 1933.

El restablecimiento de este principio no fue obstáculo para que el catedrático de München siguiera sosteniendo tal posición, lo que no es extraño, atendiendo a que en 1944 y por encargo de las SS había sido proyectista de una ley destinada a enviar extraños a la comunidad a los campos de concentración.

Otros autores antiguos aunque de cuño liberal, fuera de los planteos de la dogmática actual, parecieran dar argumentos de culpabilidad de autor en forma asistemática. Así, Pacheco

sostenía que demostraba una mayor perversidad y Carrara pensó en que permitía verificar una mayor insensibilidad a la pena, lo que puede emparentarse con la *controspinta penale* de Romagnosi o con la *psychologische Zwang* de Feuerbach.

La mayor perversidad es, por cierto, un elemento a tener en cuenta para la cuantificación de la pena conforme a proporcionalidad, pero ésta siempre se halla en el acto mismo y nunca en un acto anterior ya penado, además de que no se ve la razón por la cual se distingue entre reincidencia y simple reiteración. Nadie dudaría de la mayor perversidad de un homicida o de un violador serial, aunque no sea reincidente.

La perversidad es considerada hoy un componente de los caracteres del tipo penal o bien un elemento de mayor culpabilidad, pero manifiesto siempre en la culpabilidad que corresponde al tipo concreto y no procedente de una conducta típica anterior y penada. Por otro lado, y aun admitiendo esta eventual posibilidad, no puede afirmarse que sea invariable y automática. Es obvio que el autor de unas lesiones no demuestra mayor perversidad porque haya sido condenado anteriormente por libramiento de cheque sin provisión de fondos.

La apelación a la mayor insensibilidad podía sostenerse en tiempos de Carrara, pero pasaron muchísimos años y el mismo argumento ha llevado a consecuencias dramáticas nunca imaginadas por el Maestro de Pisa. Cabe recordar que fue utilizado por Lombroso respecto de los colonizados, a los que comparaba con los criminales biológicamente inferiores, dándolo por verificado con el extraño argumento de que se tatuaban, lo que según el médico de Turín revelaba una hiposensibilidad epidérmica, que estaría hoy generalizada.

Es sabido que la hiposensibilidad fue la base del discurso colonialista que legitimó todos los genocidios conocidos en los años posteriores a Carrara. Presumir que quien fue condenado por un delito y comete otro completamente diferente padece una hiposensibilidad al dolor, importa asimilarlo a los

salvajes que en tiempos de Lombroso eran los colonizados.

Por otra parte, y solo *ad demostrationem*, aun admitiendo cualquiera de las teorías de culpabilidad de autor, haciendo para ello un enorme esfuerzo para poner entre paréntesis su incompatibilidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional, lo cierto es que tampoco estas teorías pueden legitimar la agravación invariable, en función de la reincidencia. Esto se debe a que todas las teorías de culpabilidad de autor, no son más que esfuerzos por inventar una culpabilidad que venga a reemplazar a la peligrosidad, puesta en crisis desde el ocaso de la pretendida negación filosófica y humanista llevada a cabo por el brutal positivismo.

En consecuencia, no hay razones para afirmar que cualquier reincidencia legitima un mayor grado de reproche, incluso dentro de las propias teorías de la culpabilidad de autor, especialmente si se trata de reincidencia ficta (como muchas veces lo sostiene la jurisprudencia en torcidas interpretaciones del derecho común), pero tampoco la real, cuando es reincidencia genérica, como en nuestra ley vigente.

Ninguno de los autores autoritarios que postulan la culpabilidad de autor o sus cercanías doctrinarias, podría afirmar que hay una personalidad más reprochable porque alguien fue condenado por injuriar a otro y luego comete unas lesiones culposas. Aunque nadie lo ha construido hasta el momento, no sería extraño que aquí también se postulase algún espectral pseudoconcepto jurídico inexplicable equivalente a la *peligrosidad presunta*, como ser un *mayor reproche presunto* u otro fantasma normativo análogo.

14) Que no faltan autores que consideran que la reincidencia importa un desprecio hacia el valor admonitorio de la condena precedente. En opinión de éstos, entre los que se halla Maurach, la admonición de una primera condenación generaría una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor reproche de culpabilidad de este

hecho.

En la generalidad de los casos, la conciencia del injusto del segundo hecho es por completo independiente de la del primer hecho, pudiendo incluso ser menor o no existir. Quien después de ser condenado por un robo comete un delito cambiario, bien puede cometer el segundo hecho en un error invencible de prohibición y, por tanto, no tener ninguna conciencia de antijuridicidad. Solo sería un argumento válido para supuestos de reincidencia específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para la comprensión del injusto, lo que está lejos de darse en cualquier caso de reincidencia genérica y menos en forma automática.

Algo semejante puede afirmarse en cuanto a que con el segundo hecho el agente estaría demostrando una voluntad o decisión criminal más fuerte.

No es posible entender la decisión criminal como algo abstracto, como la decisión de violar el *Código Penal* o de *delinquir a secas*, pues nadie en el mundo real -y en condiciones de salud mental- toma una decisión de esta naturaleza. La decisión criminal siempre es de algún hecho concreto en la vida real, siendo éste un dato óntico insoslayable. Por ello, no hay ninguna decisión criminal más fuerte en quien estando condenado por injurias incurre en unas lesiones culposas, en el que una vez condenado por abigeato incurre en una calumnia, o en el que sentenciado por estupro comete una traición a la patria, salvo que el argumento oculte en los repliegues de la culpabilidad un requerimiento disciplinario de doble lesión, mencionado antes, o un derecho penal de autor que haga del condenado que ha cumplido su pena un ciudadano que padece una *capitis diminutio* respecto del resto de la población. De todos modos, estos serían argumentos inconfesables por corresponder a alguna de las dos vías del derecho penal antiliberal de entreguerras.

15) Que bien puede legitimarse la reincidencia desde la perspectiva de una tesis de prevención general positiva, o sea, entendiendo que el reincidente afecta la confianza de la

generalidad en el sistema. Aparte de que esto no sería más que una presunción *juris et de jure*, que remoza viejos argumentos, pues la generalidad casi nunca se entera y solo lo saben los jueces y los policías, lo cierto es que en este planteo siempre hay en el fondo un único bien jurídico que es la confianza en el sistema y en interés del propio sistema, frente al cual los restantes bienes jurídicos se opacan o desaparecen directamente, de modo que la legitimación de todo el poder punitivo llevada a cabo con este discurso no es compatible con nuestra Constitución y, por tanto, tampoco la de la agravación por reincidencia.

En el caso particular de la reincidencia sería muy inmoral, porque sinceraría los esfuerzos por legitimarla, dado que implícita o expresamente acepta que no se basa en ningún efecto preventivo general negativo (disuasorio) ni preventivo especial, por lo que cabe presumir que reconoce que no los tiene, pero que es útil simplemente porque la gente lo cree y provoca consenso, vale decir, que mediatisca a un ser humano faltando a la verdad solo para provocar consenso en torno del sistema y de su pretendido prestigio público.

Es la confesión de que la utilidad de la pena finca en un error del público al que el penalista debe alimentar. Si bien la ética y el derecho se diferencian, no por ello se rechazan hasta el extremo de que el derecho penal pueda infringir elementales pautas éticas de respeto a la dignidad humana y a la base de la democracia y de la República.

16) Que en síntesis, es dable observar que la reincidencia se explica en los planteos jurídico-penales en la medida en que se apartan del derecho penal de acto, aunque ni siquiera en esas posiciones la explicación resulta coherente cuando se trata de una agravación de pena impuesta por ley para cualquier caso y más aún tratándose de reincidencia genérica. Por el contrario, las tentativas de explicarla dentro del derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

17) Que la infructuosidad de todos los discursos doctrinarios por legitimar la agravación invariable y automática de la pena por reincidencia, equivale a la violación del principio

que prohíbe la doble punición, pues el plus de pena o cualquier agravación de ésta que se imponga al segundo delito lo será en razón del primero, esto es, de un delito que se ha juzgado y penado. Desde 1836, en que Carnot en su *Commentaire sur le Code Pénal* preguntaba si esto no será violar abiertamente a su respecto el *non bis in idem*, que es una de las bases fundamentales de toda legislación en materia criminal (página 196) hasta el presente, Mittermaier, Morelly, Pagano, Tissot, Carmignani y muchos otros no han tenido más remedio que proporcionar una respuesta afirmativa aunque, en algunos, titubeante. El Código Criminal Toscano de 1786, con el que se abre la moderna codificación penal, en su sabio artículo 57 establecía que agotada la pena no podrán ser considerados infames para cualquier efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido (Carlo Paterniti, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova, 1985).

18) Que en virtud de lo señalado, no puede sostenerse ya el argumento del precedente de Fallos: 311:1451, en el que se expresó que "...el distinto tratamiento dado por la ley a personas que, en los términos del artículo 50 del Código penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente en cada caso".

Es claro que este precedente importa una invocación de la insensibilidad lombrosiana o bien el reclamo de una obediencia a un estado disciplinante, cuyo interés se considera ofendido en su autoridad por la infracción, con lo que se incurre en una estatización de bienes jurídicos.

Tampoco puede sostenerse el argumento basado en cues-

tiones de prevención general negativa que afirma que "el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce..." (Fallos: 308:1938). Además de chocar frontalmente con el principio *ne bis in idem* en su aspecto de prohibición de la doble punición, es muy claro que lo que este precedente reclama es *obediencia al estado y nada más*. Es el estado que está ofendido en su autoridad, porque lo ha penado y el sujeto ha incurrido en una nueva indisciplina. No importa ni requiere que la reincidencia sea más o menos específica; no importa si la primera pena fue por lesiones y la segunda por cheque sin fondos, lo que en este fundamento se reclama es que *no vuelva a desobedecer al estado*. Mucho más grave sería mezclar esto con la *protección o defensa de la sociedad*, porque confundiría a ésta con el estado y nos habriamos precipitado en un campo de concepción política muy lejano al que establece nuestra Constitución desde siempre.

19) Que el principal efecto de la declaración de reincidencia, es la prohibición de libertad condicional del artículo 14 del Código Penal. Es insostenible la tesis de que esa disposición no implica una penalidad más grave, porque solo se refiere a una forma de ejecución, argumento artificioso y en buena medida ficcional, tanto como distorsionante de toda referencia a la realidad de los hechos y a la naturaleza misma de las cosas.

Así como Beethoven ejecutado por un virtuoso no es lo mismo que ejecutado por un principiante, dos penas que se ejecutan de diferente modo son dos penas diferentes.

Desde los mismos orígenes del pensamiento penal retributivo en el Iluminismo, tanto por la vía del utilitarismo de

Bentham como del idealismo de Kant, la retribución es la devolución de la misma cantidad de dolor, lo que nadie parece haber negado hasta la actualidad. Al punto habían llevado los pioneros semejante exigencia respecto de la producción real de dolor que Bentham inventó su famosa máquina de azotar y Kant exigía tomar en cuenta la sensibilidad de la víctima y del victimario, sin contar con que fue el fundamento legitimante de la invención de la guillotina.

20) Que es obvio que una condena a pena privativa de libertad importa el sometimiento al dolor de la privación de la libertad ambulatoria de la persona, y que ese dolor es mayor cuanto más estricta y extensa es esa privación locomotiva. Bentham, Kant y todos los padres fundadores del liberalismo penal, por diferentes que hayan sido sus caminos argumentales, no hubiesen dudado en lo más mínimo acerca de que una pena que habilita la posibilidad de ser ejecutada parcialmente en libertad controlada es menos grave que la que exige su cumplimiento total con efectiva privación de libertad. Tanto no lo dudaban que algunos, como Feuerbach establecían agravaciones por aislamiento a pan y agua en los aniversarios del hecho. Tampoco hubiesen dudado de que las salidas transitorias importan una pena menos grave, o una mitigación respecto de la que no admite el régimen de salidas transitorias.

21) Que solo una ciencia jurídica que se aparte de la naturaleza de las cosas puede negar una verdad tan evidente que sería ratificada por cualquier vecino o habitante de la República usando solo su buen sentido. Lamentablemente, una interpretación jurídica que incurra en semejante desconocimiento del mundo real, nunca tendrá la posibilidad de ser eficaz, pues no se regirá atendiendo a los datos de las cosas del mundo, sino a construcciones aparentemente lógicas pero que, en el fondo, no son más que recursos retóricos y creaciones de la imaginación. La quiebra de las estructuras que vinculan al derecho con el ser de los entes solo consigue enervar su eficacia e incluso neutralizar el propio carácter jurídico de éste cuando la quiebra es de

tal naturaleza que niega la condición de ente moralmente responsable al ser humano.

22) Que tal como se señaló antes en el considerando 7º, al margen de la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante, el artículo 14 del Código Penal es también objetable constitucionalmente por razones independientes.

En principio, la disposición del artículo 14 del Código Penal que veda la libertad condicional a cualquier reincidente por cualquier delito y en cualquier circunstancia, también es aplicable a la prisión perpetua impuesta a reincidentes.

La aplicación literal de este precepto importa convertir la prisión perpetua de nuestro Código Penal en una pena inexorablemente perpetua en el sentido de que solo se extinguiría con la vida del penado.

Cabe frente a esto, entender que no es posible que sea el resultado de una sana lógica jurídica afirmar que el artículo 14 solo se refiere a una forma de ejecución, cuando en materia de pena de prisión perpetua importa la conversión de una pena eventualmente temporal, en una pena que se ejecuta y agota únicamente, con la muerte física del penado.

23) Que del anterior considerando resulta probado que, al margen de la inconstitucionalidad de la agravación de pena por reincidencia, el artículo 14 del Código Penal se hace insostenible en función de otros argumentos, que son válidos con independencia de esa inconstitucionalidad.

24) Que los artículos 5.6 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución Nacional en función del inciso 22 del artículo 75, disponen que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado.

Una pena de prisión que irremisiblemente solo se ago-

te con la muerte del condenado, no cumple ni nunca puede cumplir con este objetivo, pues la naturaleza de las cosas impide sostener que la muerte importe una reincorporación a la sociedad, por mucho que se quiera especular en otro sentido.

Una pena de esa naturaleza es violatoria de las mencionadas disposiciones constitucionales y, como resultado de la simultánea violación del derecho internacional, es susceptible de llevar a la República ante los estrados internacionales, con el consiguiente perjuicio que el des prestigio de una condena ante esos tribunales acarrea para todos sus habitantes.

25) Que esta Corte ha considerado en reiteradas oportunidades que debe acatar la ley y la jurisprudencia internacional para evitar contribuir a situaciones de esta naturaleza, como parte de la responsabilidad que le incumbe como poder del estado.

Los jueces argentinos no pueden dictar sentencias en contra de expresas disposiciones del derecho constitucional e internacional vigente. Solo es admisible semejante decisión en el marco de la abandonada tesis del doble derecho, rechazada por esta Corte incluso antes de la reforma constitucional de 1994. Cabe recordar que la principal objeción a la tesis del doble derecho es justamente, que impone a los jueces el invariable dictado de sentencias antijurídicas: si juzgan conforme al derecho interno, violan el derecho internacional y, si lo hacen conforme al derecho internacional, violan el derecho interno.

26) Que no obstante, ni siquiera se plantea hoy la situación de respetar el derecho internacional o el interno, pues desde la sanción del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, los referidos dispositivos adquirieron carácter constitucional y forman parte expresa e ineludible de nuestro derecho interno con la máxima jerarquía normativa. Los jueces argentinos no pueden ser obligados por ninguna ley a violar el derecho positivo, y los artículos constitucionales citados

son derecho positivo de máxima jerarquía, con plena y pacífica vigencia interna.

27) Que el artículo 14 del Código Penal es violatorio de la Constitución, en la medida en que se lo interprete como un texto que obliga al cumplimiento de penas que solo se agotan con la muerte.

El juez no usurpa ninguna función legislativa cuando el legislador usurpa por acción o por omisión la función del constituyente. Es deber de los jueces de la Nación corregir al legislador cuando incurre en semejante usurpación.

Si bien esta Corte ha procedido siempre con la debida prudencia para no incurrir en decisiones que puedan obstaculizar o entenderse como lesivas al principio republicano de separación de poderes, no es menos cierto que ha optado por tomar las decisiones adecuadas, cuando las reiteradas omisiones de los otros poderes del estado privaban de derechos a los ciudadanos.

No escapa a nuestra atención la circunstancia de que al momento de la sanción del Código Penal de 1921, que fue harto sabio y prudente en muchísimos aspectos -y por cierto mucho más que legisladores posteriores- el codificador consideraba que, conforme a la costumbre constitucional, la práctica del indulto y la commutación de penas era corriente y casi rutinaria. En esos años esa práctica la impulsaban las mismas autoridades carcelarias. Cabe pensar que nunca se imaginó el codificador de 1921 que preveía casos de penas que solo se concluían con la muerte y, si lo hizo, fue únicamente en miras a supuestos extremos y excepcionales. Tampoco debemos olvidar que acababa de abolir la pena de muerte en la legislación penal común, incluso por voluntad de la Cámara de Diputados y contra la del Senado.

28) Que en el caso del artículo 14 del Código Penal, el Congreso de la Nación ha tenido tiempo suficiente para remediar la omisión legislativa de prever especialmente el caso ante la caída en desuso de la práctica rutinaria del indulto y la

comutación como costumbre constitucional. Cabe observar, además, que han transcurrido dieciséis años desde la incorporación de los textos internacionales a la Constitución Nacional, un cuarto de siglo desde la ratificación de los tratados respectivos por la República y mucho más desde el abandono de la costumbre constitucional del indulto y la comutación rutinaria. Estos lapsos temporales son más que suficientes para hacer uso de la solución legislativa, especialmente cuando el Congreso de la Nación en múltiples oportunidades ha modificado el Código Penal. Tampoco hay inminencia, ni se conocen proyectos presentados en este sentido en el ámbito legislativo. En tales condiciones no importa ninguna imprudencia ni apresuramiento de esta Corte la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal para evitar que la causa se lleve a los estrados internacionales y haga incurrir en responsabilidad a la Nación.

29) Que es un principio rector del derecho constitucional y del internacional de los Derechos Humanos, que nadie puede ser privado de un derecho *sine die* por omisión regulatoria del legislador, lo que cobra mucha mayor importancia cuando el derecho en juego es, nada menos, que la libertad de un ciudadano hasta su muerte.

30) Que además de todo lo dicho, la decisión que hoy niegue cualquier beneficio en razón de la aplicación literal del artículo 14 del Código Penal incurre en una arbitrariedad manifiesta.

En efecto: esta aplicación literal y fuera del contexto del Código Penal ignora el significado de la reforma sufrida por el artículo 52 del mismo texto conforme a la ley 23.057.

Hasta la sanción de esta reforma, la pena del artículo 52 se consideraba independiente del instituto de la reincidencia por la doctrina y la jurisprudencia. Desde la reforma quedó establecido claramente en la ley que la pena del artículo 52 corresponde a supuestos de multireincidencia que la ley espe-

cifica con precisión. Esto impone que el artículo 14 del Código Penal deba integrarse con el 52 y consiguientemente con el 53, pues ahora está claro que todos ellos regulan el mismo instituto. Por ende, si el Código Penal autoriza la libertad condicional en casos de multireincidencia o de reincidencia calificada, *a fortiori* no puede entenderse que la impide en los casos de reincidencia simple.

Mantener la interpretación contraria y anterior a la reforma llevaría a una conclusión a todas luces irracional, pues en el presente caso al condenado para nada le valdría tener buenas calificaciones y buen concepto general, o tener familia, y encontrarse en condiciones de acceder a la libertad solicitada, por el contrario, en lugar sería acreedor a la libertad condicional si durante los largos años de prisión hubiese cometido varios delitos hasta encuadrarse en la reincidencia múltiple del artículo 52. Juiciosamente, es imposible sostener la razonabilidad de la interpretación aislada del artículo 14 fuera de todo el contexto de la regulación legal del instituto de la reincidencia, consagrando la anterior solución al caso.

Además del resultado paradojal de que a alguien se le niegue el beneficio por ser reincidente simple y no múltiple, cabe observar que nunca se puede interpretar una norma fuera del contexto del cuerpo del que forma parte, pues la interpretación sistemática es de la esencia del saber jurídico desde los albores mismos de la ciencia jurídica en la Italia medieval.

Por reducción al absurdo, resulta inimaginable que un defensor aconsejase al simple reincidente condenado a prisión perpetua que cometa una cadena de delitos menores en el curso de sus largos años de prisión hasta encuadrar en la multireincidencia calificada del artículo 52, con el objeto de mejorar su situación y acceder a la libertad condicional.

31) Que cabe agregar que no puede enervarse el anterior argumento en razón de que esta Corte considere inconstitucional el artículo 52 del Código Penal en función de su lesión a

los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, pues nunca puede invocarse una inconstitucionalidad como base para negar el reconocimiento de otro derecho, sin contar con que obviamente, las sentencias de esta Corte no hacen caer la vigencia de la ley, de modo que los artículos 52 y 53 siguen siendo parte del texto del Código Penal.

32) Que el derecho de una República no es un conjunto de decisiones políticas contradictorias y sin fundamento racional y cuya aplicación concreta resulte absurda o arbitraria. Se-mejante concepción corresponde a un criterio exegético bonapartista, incompatible con la esencia de un estado constitucional de derecho.

Todo ello sin contar con que ni siquiera en el caso se trata de una analogía *in bonam partem*, pues solo se trataría de aplicarle a un simple reincidente las disposiciones previstas para un multireincidente. Pero incluso si fuese analogía *in bonam partem*, salvo en la antes mencionada concepción antiliberal fascista del estado, ésta no lesiona el principio de legalidad penal, en la medida en que tenga por objeto salvar la racionalidad y no contradicción del orden jurídico, pues es una imposición del principio republicano que prohíbe a los jueces incurrir en sentencias que lo desprestigien por su irracionalidad.

33) Que además de la inconstitucionalidad derivada de la misma característica de la reincidencia como agravante, e incluso de la derivada de que su aplicación literal, lleva a imponer penas de prisión hasta la muerte, en contra de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional, el artículo 14 del Código Penal resulta inconstitucional por obligar a los jueces a pronunciar sentencias arbitrarias, esto es, carentes de fundamento en los casos concretos y su interpretación literal aislada de las restantes normas que regulan la reincidencia en el Código Penal es arbitraria porque desconoce el texto mismo de la ley vigente conforme a la reforma de la ley 23.057.

En un estado constitucional de derecho no es posible

fundar la racionalidad de una sentencia en la mera letra de la ley y menos aún en su letra aislada del contexto de cuerpo legislativo orgánico del que forma parte como código o ignorar una reforma sustancial como la mencionada.

Una sentencia que solo se funde en la exégesis de una norma aislada y agote su contenido en eso, no pasa de ser propia de un estado legal de derecho, donde los jueces no pueden hacer otra cosa que cumplir estrictamente la voluntad del legislador real y abstenerse de cualquier interpretación, por irracional y carente de cualquier explicación que resulte la sentencia. Tal era la esencia del estado bonapartista, y a esa sumisión total al legislador eventual corresponde el modelo de *casación*, creada como tribunal dependiente del parlamento y luego sometido al emperador para romper las sentencias insumisas, sistema diametralmente opuesto al escogido por nuestra Constitución Nacional desde 1853.

34) Que incluso considerando constitucional la agravación por reincidencia, en función de cualquiera de las tesis que intentan legitimarla en la doctrina y en la jurisprudencia, lo cierto es que se ha verificado que cualquiera de ellas solo alcanza para legitimar algunos casos particulares, pero en modo alguno toda y cualquier agravación automática e inexorable como la dispuesta por el artículo 14 del Código Penal.

35) Que tal como se ha señalado antes, la peligrosidad solo se verifica en casos de reincidencia específica o relativamente específica y no puede presumirse *juris et de jure* en cualquier caso de simple reincidencia genérica. Lo mismo sucede con la culpabilidad de autor, pues el mayor reproche de personalidad no puede sostenerse cuando las conductas, por su naturaleza, no exhiben ninguna personalidad reprochable. La mayor culpabilidad de acto derivada de una conciencia del injusto más actual, solo es dable en reincidencia específica y en delitos que exigen algún nivel de elaboración. La decisión más firme al delito no es admisible en casos de reincidencia genérica y con de-

litos de muy diferente disvalor social y jurídico. La mayor perversidad no siempre depende de que haya condenaciones anteriores, ni tampoco éstas la revelan en la gran mayoría de los casos.

36) Que, aun admitiendo *ad demostrationem* cualquiera de las tesis legitimantes de la agravación por reincidencia, la aplicación inflexible de la norma del artículo 14, al no admitir prueba en contrario, da por cierto los extremos legitimantes sin acreditar que éstos existen en el caso, lo que impone a los jueces incurrir en abiertas arbitrariedades, pues se trata de cuestiones de hecho que solo eventualmente se presentan en los casos concretos. Todo ello sin contar con que el artículo 14 tomado aisladamente, depara un tratamiento mucho más grave al reincidente que al multireincidente, lo que es incontrastable a la letra de la ley misma.

En síntesis: el artículo 14 del Código Penal también es inconstitucional (a) porque presume *juris et de jure* que se hallan presentes en el caso todas las condiciones con las que se ha intentado legitimar la agravación por reincidencia, sin permitirle al magisterio penal la evaluación de ellas en los casos concretos, que sería presupuesto elemental de la imposición de la agravante y (b) porque no puede explicarse por qué razón contempla la libertad condicional para el multireincidente calificado y no para el reincidente simple.

37) Que en abono de todo lo anteriormente señalado y, teniendo en cuenta que una larga tradición positivista tiñó durante la mayor parte del siglo pasado nuestro derecho penal y se mantuvo encubierta bajo manto neokantiano en todo lo referente a la pena aun cuando se había abandonado el marco teórico del positivismo criminológico, no puede soslayarse que esta Corte ya ha tenido oportunidad de expedirse al tratar la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado por multireincidencia del art. 52 del Código Penal, acerca de la peligrosidad

como fundamento de la agravación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así ha expresado que "resulta bastante claro que la Constitución, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona del artículo 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; no debe penarse la personalidad sino la conducta lesiva. La Constitución de un estado constitucional de derecho no puede admitir que ese estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Sólo un estado totalitario, que pretenda asumir una función juzgadora en aberrantes términos idolátricos, que aspire a homogeneizar a sus habitantes, puede postular que sus tribunales no juzguen delitos, sino que, en una suerte de anticipación de Juicio Final, juzguen existencias humanas. Esto no lo puede hacer un Estado que parte del principio republicano de gobierno y que se proclama un Estado constitucional de derecho, sea que quien pretenda hacerlo en ese contexto intente racionalizarlo por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, por la de la pena o por la de la medida de seguridad..la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el derecho penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario. En todo caso, la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes.. la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Si este cálculo de probabilidad estuviese correctamente hecho, se basaría en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. La previsión, con ligeros errores, llevada a cabo con método científico, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circuns-

tancias, un porcentaje, como puede ser la mitad, se comportarian de determinada manera, lo que se verificaría empíricamente. Pero este cálculo, que es el único científicamente válido, nunca podría establecer cuáles serían las quinientas que se comportarian de ese modo y cuáles las quinientas que lo harían de otro. Las medidas penales, se llamen penas o como quiera bautizarlas el legislador, la doctrina o la jurisprudencia, siempre se imponen a una persona y, por ende, en el caso individual, nunca se podría saber si con la reclusión se evita o no se evita un futuro delito que no sólo no se habría intentado, sino que ni siquiera se habría preparado ni pensado y que tal vez nunca se habría cometido. No es posible imponer una pena de diez años de duración en razón de un delito que no existe y que probablemente jamás existirá. Potencialmente, todos los habitantes tienen cierto grado de peligrosidad, porque respecto de ninguno puede descartarse la posibilidad de que en el futuro cometa un delito y ello es también mensurable en investigaciones sociológicas de campo. Llevando el razonamiento al extremo, es obvio que en todos los delicta propria, los portadores de la calidad típica son los únicos que tienen la probabilidad de comisión del delito. Pero nadie puede sostener seriamente que esta probabilidad autorice a un estado de derecho a imponer penas o a privar de la libertad con el nomen juris que el legislador, los doctrinarios o los jueces prefieran. Y ello no obedece a que la probabilidad de comisión de futuros delitos de alguien que no haya cometido delitos anteriores, en ciertos casos, no sea mayor que la de quien los haya cometido" (Fallos: 329:3680).

38) Que no obstante, debe advertirse que todo lo anteriormente dicho respecto de la peligrosidad sería válido solo en el supuesto de que la valoración de la probabilidad se asentase en investigaciones de campo serias y científicas que, como es sabido, no existen.

Por regla general, cuando en la doctrina y en la jurisprudencia se maneja el concepto de peligrosidad se lo hace sin esa base, o sea, como mero juicio subjetivo de valor del

juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica, con lo cual resulta directamente un criterio arbitrario inverificable y que bien puede estar teñido de serios prejuicios inconscientes.

En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como por regla general se lo maneja en el derecho penal.

Que la prudencia constitucional argentina es altamente significativa, pues de abrirse el camino a la peligrosidad como juicio subjetivo de valor, sería válida la advertencia de Binding, en el sentido de que, de aceptarse la peligrosidad como fundamento de la pena impuesta con el nombre que sea, sería necesaria otra Revolución Francesa: *Puesto que se trata de una teoría con semejante desprecio de la personalidad humana, con semejante inclinación a victimar en el altar del miedo a miles de humanos de carne y hueso, sin miramientos y sobre las pruebas más defectuosas, una teoría de tamaña injusticia y tan ilimitada arbitrariedad policial, prescindiendo del presente, no ha encontrado secuaces, salvo en los tiempos de dominio del terror. De tener éxito esta teoría, desencadenaría un tempestuoso movimiento con el fin de lograr un nuevo reconocimiento de los derechos fundamentales de la personalidad* (Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo II, 1, Leipzig, 1914, pág. 464).

Para obviar la falta de fundamento científico verificable, se ha inventado una pretendida peligrosidad presunta. Se dice que el legislador presume la peligrosidad, lo que es tan aberrante como decir que se presume la fiebre de un enfermo, pues la peligrosidad es un concepto que tiene una base incuestionablemente empírica. Si se prescinde de esa base empírica, verificable en investigaciones de campo de grandes números, y

éstas se reemplazan por presunciones establecidas en la ley, queda claro que se invoca la peligrosidad cuando ésta no existe, o sea, que tiene poca importancia que ésta exista o no exista, pues una presunción significa que se tiene por cierto lo que en el caso puede ser falso sin que importe que lo sea. Esto significa que se impone una privación de libertad prolongada a título penal, como pena o con el nombre que quiera dársela, en razón de una peligrosidad que no importa si existe.

Esto indica que no se trata de un verdadero juicio de peligrosidad, sino de la declaración de que la persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho, enemiga y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes y que les garantiza la Constitución.

39) Que cabe destacar finalmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo una línea argumental similar a la aquí expuesta, consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención" (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

40) Que en razón de lo expuesto, cabe concluir, que cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condi-

cional prevista en el artículo 14, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor.

Independientemente de esto, la aplicación del artículo 14 en forma aislada y fuera del contexto total de las normas referidas a la reincidencia, o sea, desligada de la regulación de los artículos 52 y 53 del Código Penal, resulta arbitraria por desconocer el contenido de una reforma legal después de más de un cuarto de siglo de vigencia y, en consecuencia, esta Corte habría declarado la inconstitucionalidad de una norma más benigna que la impugnada de inconstitucionalidad en la presente causa.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo resuelto en el presente.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por **Rafael Luis Álvarez Ordóñez**, asistido por la **Dra. Mercedes García Pages**.

Tribunal de origen: **Sala III, Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 1**.

MACIEL, MARCELO FABIAN

S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

ROBO CON ARMAS

La circunstancia agravante prevista en el art. 189 bis, 8º párrafo, primera opción del Código Penal, que sanciona más severamente a quien portare armas de modo ilegítimo cuando la persona “registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas” no se funda en un dato antojadizo e inconexo o en una característica inherente de la personalidad sino que, por el contrario, reposa sobre un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito de portar un arma sin autorización, por lo que resulta constitucionalmente admisible establecer una diferencia valorativa entre el comportamiento de quien porta ilegítimamente un arma sin registrar antecedentes condonatorios de aquel que, además de incurrir en el tipo básico, registra condenas por haber cometido delitos dolosos con el uso de armas o contra la vida o integridad física de los demás (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

- La mayoría consideró que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 CPCCN)-.
- El juez Zaffaroni remitió a su disidencia en la causa “Taboada Ortiz”, de la misma fecha-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó, por mayoría de votos, el recurso interpuesto contra la decisión que condenó a M F M a la pena de nueve años de prisión como autor de los delitos de robo agravado y portación ilegal de arma de fuego de uso civil agravada, en concurso real, e impuso la pena única de catorce años y seis meses de prisión comprensiva de varias condenas

Contra ese pronunciamiento la defensa oficial interpuso recurso extraordinario, concedido por el *a quo* a fojas 383

II

En su escrito de fojas 348/378 el recurrente tacha de arbitrario el fallo en lo que respecta al rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 189 bis del Código Penal -en cuanto agrava la penalidad de quien porte ilegalmente un arma de fuego cuando registre antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas-. En este sentido, afirma que el *a quo* apoyó en argumentos falaces la conclusión de que esa norma era compatible con el principio de culpabilidad

pues, a su criterio, al establecer una agravación de la pena con base en la personalidad, configura un claro supuesto del denominado "derecho penal de autor"

Considera, asimismo, que la mayor gravedad de la sanción fundada en la existencia de condenas anteriores contraviene el principio *ne bis in idem*, ya que de ese modo se vuelven a valorar contra el delincuente hechos por los que ya fue penado

En cuanto a la escala penal que el legislador contempló para el tipo legal cuestionado -cuatro a diez años de prisión- la defensa señala que infringe el principio de proporcionalidad, toda vez que se reprocha más severamente la puesta en peligro de la seguridad pública que otras afectaciones concretas a la vida y la integridad física, como las que resultan de los delitos de aborto, lesiones leves, graves y gravísimas, y homicidio y lesiones en riña

III

El recurso extraordinario carece, a mi modo de ver, de la fundamentación exigida por el artículo 15 de la ley 48, en tanto repite planteos ya rechazados en las instancias anteriores sin rebatir los argumentos en que los tribunales de la causa fundaron sus respectivas decisiones.

Así lo pienso, toda vez que los términos de la apelación permiten inferir tan sólo el desacuerdo del recurrente con el criterio del fallo, según el cual el primer supuesto que contempla el párrafo octavo del inciso 2º del artículo 189 bis del Código Penal, no agrava la penalidad en razón de la personalidad o por la defectuosa conducción de la vida, sino en función de una característica especial del autor que incide en el grado del peligro (abstracto) de la conducta incriminada. Tal conclusión ha sido apoyada en la consideración de que "resulta racionalmente innegable la mayor potencialidad lesiva para la seguridad común que deriva y cabe suponer, de que quien ha dado ya muestras de encontrarse plenamente dispuesto a atacar a otra persona o a utilizar un arma en forma criminosa, transite la vía pública llevando consigo un arma en condiciones de uso, frente a igual conducta realizada por quien nunca ha tenido cuestionamiento de ninguna naturaleza frente a la ley" (fs 335)

También explica el tribunal apelado que la agravante guarda coherencia con los párrafos quinto y sexto, en cuanto establecen una atenuación para quien porte un arma sin autorización legal “cuando dicha conducta sea realizada por quien se encontrare regularmente autorizado para tener el arma de que se trate, o cuando por las circunstancias de hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos” (fs. 334 vta.).

En la misma dirección, la sentencia pasa revista por otras figuras legales en las que particulares condiciones personales del autor añaden un desvalor adicional a sus comportamientos objeto de reproche penal, para concluir que la norma cuestionada no castiga “personalidades, formas de ser, estados peligrosos o algún otro estado que atienda exclusivamente al fuero interno del autor”, sino que toma en cuenta una calidad objetiva del autor que permite apreciar “la exteriorización de determinada y diferenciable peligrosidad que se materializa en la comisión de una acción específicamente incriminada” (fs. 335 vta/336).

A mi modo de ver, no se aprecia en el recurso en examen una crítica concreta y razonada de cada uno de estos fundamentos, tal como lo exige el artículo 15 de la ley 48 (Fallos 310:2278), desde que, en primer lugar, no atiende a los términos del fallo, en tanto se afirma que “la conducta punible (...) resulta ser la de registrar antecedentes penales, pues no hace falta que el autor cometa un determinado delito con (el) arma” (fs. 375/376), sin controvertir lo expuesto en el pronunciamiento acerca de la naturaleza de las figuras de peligro abstracto.

A ello cabe agregar que el recurrente, más allá de esbozar su posición doctrinaria, no ha demostrado que la Constitución Nacional prohíba la consideración en el momento de la individualización de la pena – trátese de la legislativa o la judicial– de los antecedentes del autor, criterio de medición que, además de ser bastante frecuente en el derecho comparado, no es censurado por la opinión dominante como una influencia del derecho penal de autor, en tanto sólo se valore la conducta previa “como indicio de la medida de la intensidad criminal y la actitud interna que se revela en el hecho” (Roxin, Claus “Derecho Penal Parte General”, T I, Civitas, Madrid, 1997 p. 187).

Por otra parte, por no tratarse de cualquier antecedente, sino de unos especialmente relacionados con los peligros que se quiere evitar mediante la incriminación de la tenencia ilegal de armas, también puede hallarse el fundamento de la agravación en el mayor contenido de injusto, pues la seriedad de los hechos ya ejecutados puede aumentar considerablemente el efecto intimidatorio y con ello afectar más severamente la seguridad (cognitiva) de los potenciales afectados de que los daños serán evitados (Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en "Estudios de Derecho Penal", Civitas, Madrid 1997, p.317/318 y *passim*)

Igual defecto de fundamentación padece, en mi opinión, el planteo relativo a la vulneración del principio "*ne bis in idem*", pues nada agrega al similar que fue rechazado en la anterior instancia mediante argumentos con los que la defensa disiente, pero de ningún modo demuestra su falta de razonabilidad

En este sentido, es conveniente referir que el fallo explica que el hecho por el que el imputado ha sido juzgado es la portación de un arma sin autorización legal y la pena que ha merecido no importa un nuevo castigo de hechos ya sancionados con anterioridad, sino que se impuso por la gravedad, determinada por el legislador en atención a las particulares circunstancias calificantes, inherente al delito que dio lugar a este proceso (fs. 336/vta.). Y aprecio que ello guarda coherencia con la doctrina vigente de Fallos: 311:552 y 1451.

Por último, advierto que el planteo relativo al principio de proporcionalidad de las penas no fue alegado ante el *a quo*, razón por la cual cabe concluir que es fruto de una reflexión tardía que no puede habilitar la instancia federal, dado que la jurisdicción de la Corte se encuentra limitada a la revisión de aspectos contenidos en la sentencia apelada (Fallos: 311:105, 327:3013, entre otros)

IV

Por lo expuesto, opino que V.E. debe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto

Buenos Aires, 26 de julio de 2008

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *5 de febrero de 2013.*

Vistos los autos: "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad".

Considerando:

Que el recurso extraordinario concedido a fs. 383 es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas. Hágase saber y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

Zaffaroni
Disidencia
E. RAÚL ZAFFARONI

VO-/-/
JUAN CARLOS MAQUEDA
Carmen M. Argibay
(por su voto)
CARMEN M. ARGIBAY

-//TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) En el marco del debate oral que tuvo lugar en esta causa, el fiscal de juicio solicitó al Tribunal Oral en lo Criminal nº 5 de la Capital Federal que condene a Marcelo Fabián Maciel a la pena de diez años de prisión por ser autor penalmente responsable de los delitos de robo con arma de fuego y portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar el imputado antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas (artículos 166 inciso 2º, segundo párrafo y 189 bis, inciso 2, párrafos 3º y 8º, primera opción, del Código Penal). A su vez, requirió la imposición de la pena única de quince años y seis meses de prisión.

La defensa pública -en lo que aquí interesa- respondió a tal requisitoria planteando la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el artículo 189 bis, 8º párrafo, primera opción del Código Penal, que sanciona más severamente a quien portare armas de modo ilegítimo cuando la persona "registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas". Al respecto, indicó que la norma en cuestión constituye una manifestación de derecho penal de autor y conculca el principio de culpabilidad.

El tribunal oral resolvió desestimar el planteo de inconstitucionalidad deducido y, en consonancia con la calificación contenida en la acusación fiscal, condenó a Maciel a la pena de nueve años de prisión, que unificó con una pena única anterior comprensiva de diversas condenas por robo, robo con armas reiterado y resistencia a la autoridad, imponiendo en definitiva la pena única de catorce años y seis meses de prisión (fs. 240 vta., 246/250, 257/260 vta. y 262/271).

2º) Estrictamente en lo referido a la impugnación constitucional de la agravante citada, corresponde destacar que

la defensa cuestionó la decisión del tribunal mediante recurso de inconstitucionalidad, que fue rechazado por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (fs. 284/296 y 327/341 vta.). Contra esa decisión, el defensor público dedujo recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 348/378 vta. y 383).

3º) El recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que la parte ha cuestionado constitucionalmente una norma de derecho común y la decisión ha sido contraria a tal pretensión (artículo 14, inciso 2º, de la ley 48).

4º) Para fundar su impugnación federal, la defensa afirma que la agravante cuestionada constituye "una clara violación al principio de culpabilidad, es decir, se impone pena al autor por lo que es, por lo que representa, no por lo que hizo" (fs. 375 vta.) y la califica como "una norma de sospecha, propia de un derecho penal inquisitivo, completamente contrario al Estado de Derecho" (fs. 376). Señala además que "resulta desproporcionada la escala penal establecida" (fs. 377).

5º) Conforme la jurisprudencia de esta Corte Suprema, el principio de culpabilidad exige que para sancionar a una persona por un hecho determinado, éste tiene que poder serle imputado tanto objetivamente como subjetivamente (Fallos: 271:297; 316:1190; 321:2558, entre otros), extremo que ha sido explicado como la posibilidad real que tienen las personas de ajustar su conducta a los mandatos de la ley (Fallos: 312:149, entre otros). Esta exigencia forma parte del principio esencial propio de un Estado de Derecho según el cual solo puede constituir objeto de reproche penal un comportamiento individual orientado a quebrantar una norma de tal carácter (Fallos: 329:3680, considerando 12 del voto de la mayoría, 11 del voto del juez Petracchi y 5º del voto de la jueza Argibay).

Ahora bien, dicho principio no puede llevarse al extremo de una inviable simplificación que despoje a la conducta de una serie de circunstancias que están estrechamente ligadas a ella y pueden eventualmente fundar un mayor grado de injusto o

de culpabilidad, según el caso.

Ejemplo de esto último son algunos tipos calificados que agravan el homicidio por cierta disposición del ánimo al momento de cometer el hecho o por determinada condición personal que el autor detenta, tales como matar por placer, codicia u odio racial o religioso (artículo 80, inciso 4º del Código Penal) o ser ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima (inciso 1º de la mencionada norma). La condición de parentesco, a su vez, es relevada tipicamente como agravante en delitos contra la integridad sexual y la libertad, entre otros, en los que se incluye además a quien fuere hermano/a de la persona afectada (así, por ejemplo, artículos 125, 125 bis y 142, inciso 2º del Código Penal).

Si el planteo del recurrente se aplicase hasta sus últimas consecuencias, las conductas adecuadas a los tipos legales antes mencionados deberían reprocharse todas bajo la figura del homicidio simple (artículo 79 del Código Penal), pues no sería válido dotar de significado jurídico-penal a circunstancias que no constituyan estrictamente el comportamiento en sí. Sin embargo, está fuera de discusión que tales extremos han sido razonablemente previstos por el legislador como aspectos del hecho criminal que tornan más grave la conducta de matar a otro.

6º) Tampoco resulta admisible la afirmación del impugnante en relación al derecho penal de autor, pues no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo ha conducido en general su vida o las características esenciales de su personalidad, tales como raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas, condición social, etcétera.

7º) Corresponde recordar aquí que, conforme a centenaria jurisprudencia del Tribunal, no resultan estos estrados

federales el ámbito adecuado para la discusión sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de una norma legal, pues ello es facultad propia del Poder Legislativo. Por ello, las opiniones –favorables o desfavorables– acerca de la eficacia de la ley y el momento y necesidad de su dictado resultan ajenas al pronunciamiento judicial, que queda de este modo limitado a la evaluación de la razonabilidad de la regla jurídica individual en su aplicación al caso concreto (artículos 28 y 116 de la Constitución Nacional).

8º) Fijado de tal modo el marco de decisión, debe puntualizarse que la circunstancia agravante en estudio no se funda en un dato antojadizo e inconexo o en una característica inherente de la personalidad, sino que, por el contrario, reposa sobre un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito de portar un arma sin autorización.

Tomando en cuenta dicha circunstancia, y partiendo lógicamente de un juicio *ex ante*, es constitucionalmente admisible establecer una diferencia valorativa entre el comportamiento de quien porta ilegítimamente un arma sin registrar antecedentes condenatorios de aquel que, además de incurrir en el tipo básico, registra condenas por haber cometido delitos dolosos con el uso de armas o contra la vida o integridad física de los demás. En otras palabras, es razonable entender que el comportamiento de portar un arma tiene un significado social más disvalioso en aquellos casos en los que el autor ya ha sido sancionado judicialmente por haber exteriorizado un impulso delictivo contra otro y/o mediante el uso de armas.

9º) En estrecha vinculación con la cuestión que aquí se trata se encuentra el instituto de la reincidencia, pues también presupone un agravamiento de la pena –por la imposibilidad de obtener la libertad condicional– para quien es sancionado criminalmente y registrar una condena previa (artículos 14 y 50 del Código Penal). La validez constitucional de este instituto fue declarada por esta Corte federal hace más de dos décadas

(*Fallos: 311:552* y *1451*), ocasión en la que se afirmó que haber sido condenado en una oportunidad anterior implica un mayor grado de culpabilidad por el desprecio que se manifiesta frente a la eventualidad de un nuevo reproche penal.

Esos argumentos admiten ser trasladados a este caso, pero con una distinción que redunda aún en mayor beneficio para afirmar la razonabilidad de la figura en estudio. En efecto, como ya se anticipara en el considerando precedente, se trata aquí de una *agravante específica* que está integrada solo por las agresiones criminales previas que hubieren sido cometidas dentro de un ámbito de ilicitud que, de un modo u otro, está ligado con la figura básica de portación de arma. Este nexo puede darse porque la condena anterior: a) estuvo vinculada con un caso en que el encartado dirigió su comportamiento para agredir a otros precisamente mediante el uso de armas; o, b) se refirió a una situación en la que el autor se decidió directamente por la afectación de bienes jurídicos que forman parte del núcleo de protección esencial de una persona: la vida y la integridad física, valores que el ordenamiento penal intenta resguardar a través de la punición de comportamientos que atentan contra la seguridad común, como ocurre en el caso de la portación de armas sin autorización.

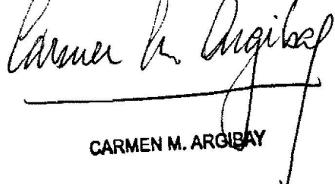
10) Con respecto a la alegada desproporción de la pena, el planteo del recurrente tampoco habrá de atenderse, pues solo se limita a esbozar consideraciones generales y a comparar distintas escalas penales con el propósito de demostrar cierto desfase o desajuste entre las mismas.

En relación con lo antes señalado, se advierte que en su presentación el recurrente no vincula la alegada desmesura punitiva con el caso concreto, en el que -como ya se reseñara- la pena de 14 años y 6 meses que se le impusiera a Maciel respondió a la unificación de la pena impuesta por el hecho imputado en esta causa con otra pena única referida a un conjunto de delitos de marcada gravedad por los que el encartado fuera de-

clarado autor responsable (cfr. considerando 1º de este voto).

Más allá del defecto de fundamentación señalado, debe recordarse que las invocaciones genéricas de desproporción punitiva no pueden ser atendidas por la Corte, pues escapan al ámbito de control difuso de constitucionalidad que le está impuesto normativamente (artículo 116 de la Constitución Nacional, ya citado). Corresponde tener en cuenta, en relación con ello, que la corrección de los desajustes que pueda contener la ley integra el ámbito de competencias del Poder Legislativo y, de hecho, la necesidad de un examen exhaustivo de congruencia en toda la legislación penal a través de una comisión de académicos, magistrados y legisladores fue referida por algunos senadores en el marco del debate parlamentario del cual surgió, entre otras, la norma objeto del presente análisis (al respecto, pueden cojearse las intervenciones de los senadores Agúndez, Menem y Terragno -Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 14 de abril de 2004-).

Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Hágase saber y devuélvase.



CARMEN M. ARGIBAY

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que en el caso resultan aplicables, en lo pertinente, las consideraciones vertidas en la fecha en la causa T.294.XLV. "Taboada Ortiz, Victor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -causa n° 6457/09-" (disidencia del juez Zaffaroni), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada en lo que fuera motivo de agravio. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y devuélvase.



E. RAUL ZAFFARONI

TABOADA ORTIZ, VICTOR
S/INF. ART. 189 BIS, PORTACION DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL-CAUSA N° 6457/09-

ROBO CON ARMAS

Del mismo modo que el art. 50 del Código Penal resulta inconstitucional cuando sirve para agravar la pena de manera general, el art. 189 bis, 8º párrafo, que sanciona más severamente a quien portare armas de modo ilegítimo cuando la persona "registrare antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas" es sin duda inconstitucional, en tanto agrava la pena impuesta en orden a situaciones específicas que no se vinculan a la conducta que se le está reprochando al agente y resulta violatorio del principio de culpabilidad y de la garantía del "ne bis in idem" en tanto incrementa el reproche por situaciones personales del imputado, en una clara manifestación de derecho penal de autor, inaceptable en un estado de derecho (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

- La mayoría consideró que el recurso extraordinario que originaba la queja era inadmisible (art. 280 del CPCCN)-.
- La jueza Argibay remitió a su voto en la causa "Maciel, Marcelo Fabián", de la misma fecha-.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

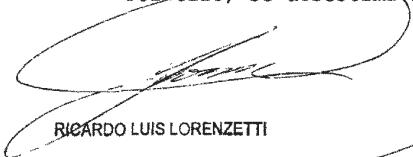
Buenos Aires, *5 de febrero de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de Víctor Taboada Ortiz en la causa Taboada Ortiz, Victor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil -causa n° 6457/09-", para decidir sobre su procedencia.

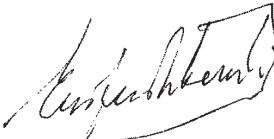
Considerando:

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

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



RICARDO LUIS LORENZETTI



ENRIQUE S. PETRACCHI



ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

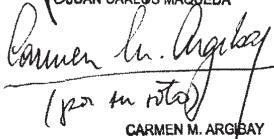


E. RAÚL ZAFFARONI



VO-//-

JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

-/-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

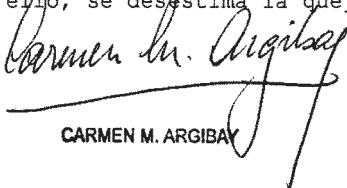
Considerando:

En lo atinente a la inconstitucionalidad de la agravante prevista por el artículo 189 bis, inciso 2, párrafo 8º –primera opción– del Código Penal, la cuestión ya ha sido resuelta por este Tribunal en autos M.1395.XLII. "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad" (voto de la jueza Ar-

gibay), sentencia de la fecha, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en lo pertinente.

Con respecto a los restantes agravios, el recurso de hecho es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

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



CARMEN M. ARGIBAY

DISI-//-

-/-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas nº 23 resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Víctor Taboada Ortiz a la pena de cuatro años de prisión, como autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, agravado por registrar antecedentes penales por delito contra las personas (artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 8º del Código Penal); y unificó la pena dictada con una anterior impuesta por el Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento de Lomas de Zamora, en una pena única de siete años de prisión. En la misma sentencia resolvió las nulidades de procedimiento interpuestas por la defensa, y la declaración de inconstitucionalidad del agravante previsto en el artículo 189 bis inciso 2º párrafo 8º del Código Penal, por el que finalmente lo condenara.

Contra esa resolución interpuse recurso de apelación la defensa.

2º) Que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas rechazó el recurso de la defensa y confirmó en todos sus puntos la sentencia del a quo.

Contra esa resolución la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad local agraviándose por la arbitrariedad de la sentencia al evaluar la prueba; por violentar el principio de inocencia y por la declaración de constitucionalidad del artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 8º, por considerar que su aplicación "viola de manera clara el principio de culpabilidad (arts. 18 C.N., 9 CADH y 15 PIDCP), puesto que no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho cometido (del contenido del injusto y de la culpabilidad), sino exclusivamente en función de los 'antecedentes condenatorios' que registra o de las 'causas en trámite' donde se le hayan concedido 'excarcelaciones o exenciones de prisión'". Agrega que se trata de la aplicación de derecho penal de autor ya que "Se quiere castigar en función de la persona y no del hecho. Esto es tan claro que, por ejemplo, a los fines de la configuración del tipo, resulta irrelevante el tipo de arma que se porte, equiparándose -en forma contraria a todo el sistema de la ley- las armas de guerra con las de uso civil".

La Cámara otorgó el recurso en orden al agravio sobre la inconstitucionalidad del agravante del artículo 189 bis y lo denegó respecto del resto de los agravios, por los que la defensa interpuso recurso de queja.

3º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, rechazó el recurso interpuesto, declarando implicitamente, la constitucionalidad de la norma cuestionada. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario ante esta Corte, que le fue denegado y originó la presentación directa de la defensa.

4º) Que corresponde hacer lugar a la queja y considerar procedente el recurso extraordinario interpuesto, toda vez que la sentencia que se cuestiona es definitiva, proviene del tribunal superior de la causa, y suscita cuestión federal suficiente, en tanto que el conflicto que se plantea es entre una norma de derecho común, artículo 189 bis inciso 2º, párrafo 8º del Código Penal y normas de la Constitución Nacional (artículos

18 y 75 inciso 22).

5º) Que el agravio se centra en la aplicación al caso del agravante previsto en el último párrafo del inciso 2º del artículo 189 bis que reza: "El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años", por lo que agrava sensiblemente, la escala penal aplicable en relación con el delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal (de uno a cuatro años).

Que el motivo por el cual se aplica una pena más gravosa se relaciona con una situación personal del imputado (la existencia de antecedentes condenatorios, o de causas en trámite) que excede la culpabilidad por el acto por el que está siendo juzgado y se manifiesta como la aplicación de una forma particular de reincidencia. Así lo explica el voto de la vocal preopinante de la Cámara de Apelaciones, cuando dice: "La mayor culpabilidad que funda el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca ha sido condenado por un delito de las características señaladas, por lo que puede afirmarse un conocimiento más acentuado de la prohibición" y agrega que "La indiferencia ante la anterior sanción impuesta por otros hechos cometidos con arma de fuego, cuya naturaleza incisiva ya conoce justifica, sin duda alguna, un mayor reproche".

Queda claro que la pena aplicada no guarda relación con la culpabilidad por el hecho, sino que se le reprocha además, su calidad de reiterante, premisa que denota la aplicación de pautas vinculadas al derecho penal de autor y de peligrosidad.

6º) Que cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del ius pu-

niendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía...En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención" (CIDH, Serie C. n° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

7º) Que esta Corte tiene dicho: "que cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50...deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor" (A.577.XLV "Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154"; G.506.XLVII. "Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074", disidencia del juez Zaffaroni, sentencia de la fecha).

Que también ha dicho "Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo" y en otro considerando agrega "Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por

el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales" ("Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa", sentencia del 5 de septiembre de 2006, Fallos: 329:3680).

8º) Que en el presente caso, la aplicación de una pena superior a la del delito en razón de los antecedentes del imputado contraviene el principio de culpabilidad y va más allá del reproche por la conducta desplegada, en una clara manifestación de derecho penal de autor, inaceptable en un estado de derecho.

9º) Que del mismo modo que el artículo 50 del Código Penal resulta inconstitucional cuando sirve para agravar la pena de manera general, el artículo 189 bis, inciso 2º párrafo 8º es sin duda alguna inconstitucional, en tanto agrava la pena impuesta en orden a situaciones específicas que no se vinculan a la conducta que se le está reprochando al agente y resulta violatorio del principio de culpabilidad; y de la garantía del "ne bis in idem" en tanto incrementa el reproche por situaciones personales del imputado.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto a favor de Víctor Taboada Ortiz por el Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Mario Jaime Kestelboim.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tribunales anteriores: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (Sala I) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 23.

BOLLAND Y CIA SA (TF 21122-I) c/ DGI

IMUESTO A LAS GANANCIAS

Si no solo se encuentra identificada la causa de las erogaciones realizadas -compraventa de acciones- sino que además se hallan individualizados los beneficiarios respecto de los que la AFIP pudo llevar adelante los pertinentes procedimientos de determinación, más allá de la distinta inteligencia asignada al art. 37 de la Ley del Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997) por los tribunales de las anteriores instancias, dichas erogaciones no debían ser alcanzadas por dicha norma en tanto una salida de dinero carece de documentación -a los fines de ésta- tanto cuando no hay documento alguno referente a ella, como en el supuesto en que si bien la hay, el instrumento carece de aptitud para demostrar la causa de la erogación e individualizar -al tratarse de actos carentes de sinceridad- a su verdadero beneficiario.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *21 de febrero de 2013.*

Vistos los autos: "Bolland y Cia. SA (TF 21.122-I) c/ DGI".

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI determinó de oficio el impuesto a las ganancias de Bolland y Cia. S.A. por considerar que las operaciones de compra de acciones de Lofirme S.A. y Transalud S.A. informadas por aquélla en el año 1997 resultaban simuladas o ficticias y, en consecuencia, asignó a los pagos realizados por tal concepto el tratamiento de "salidas no documentadas" que contempla el art. 37 de la ley del tributo (fs. 69/92). Contra dicha resolución, la sociedad mencionada en primer término interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 93/132).

2º) Que el organismo jurisdiccional rechazó el planteo de nulidad del procedimiento administrativo formulado por la actora y le impuso las costas de tal incidencia. En lo que respecta a la cuestión de fondo hizo lugar al recurso deducido y, en consecuencia, revocó el ajuste fiscal (conf. fs. 432/437).

3º) Que para resolver del modo indicado el aspecto sustancial de la controversia señaló que el art. 37 de la ley del impuesto a las ganancias es una norma sancionatoria que solo prevé el pago del tributo frente a erogaciones carentes de documentación respaldatoria respecto de las cuales no se demuestre que fueron realizadas para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas, mas no ante erogaciones documentadas con elementos falsos. Agregó que el art. 38 de la ley excluye de la figura a los casos en que se presume que los pagos fueron realizados para adquirir bienes o que por su monto no lleguen a ser ganancias gravables en manos de su beneficiario. En tal inteligencia, concluyó en que la previsión del art. 37 solo resulta aplicable cuando se pretende efectuar una deducción como gasto, cuyo objeto sea reducir el monto del impuesto a pagar, circunstancia que no se verificaba en autos dado que el peritaje contable permitía concluir que los pagos habían sido realizados para adquirir bienes y que el quebranto originado en la venta a pérdida de esas acciones dos años después de su compra no había sido computado por la sociedad en la liquidación impositiva del año respectivo.

4º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal en lo que atañe al fondo del asunto y dejó sin efecto la condena en costas a la sociedad accionante por el rechazo del planteo de nulidad (fs. 733/736). Contra tal sentencia el organismo recaudador dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 743/744) que fue concedido a fs. 746. El memorial de agravios obra a fs. 770/781 y su contestación por la actora a fs. 784/793.

5º) Que el recurso interpuesto resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra la sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

6º) Que en primer lugar cabe destacar que asiste razón al representante del Fisco Nacional cuando señala que la interpretación que las sentencias de las anteriores instancias efectuaron del art. 37 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997) no se adecua a la inteligencia que la Corte asignó a la figura de las salidas no documentadas en los precedentes "Radio Emisora Cultural S.A. (TF 15.144-I) c/ D.G.I." (Fallos: 323:3376) y "Red Hotelera Iberoamericana S.A. (TF 14.372-I) c/ D.G.I." (Fallos: 326:2987), en cuanto en ellos se estableció que dicho instituto fija "la imposición de un tributo que...no tiene naturaleza sancionatoria", y que por lo demás -según se aseveró en el caso citado en último término- no solo resulta procedente su aplicación en situaciones de "inexistencia absoluta de documentación" sino también en casos donde la "documentación no [es] sincera" (conf. fs. 777/778).

7º) Que, en consecuencia, la correcta inteligencia que corresponde asignar al instituto de las salidas no documentadas, hace necesario el tratamiento, desde esa perspectiva, de los agravios de la AFIP referentes a que las operaciones de compra de las acciones de Lofirme S.A. y Transalud S.A. por parte de Bolland no responden a la realidad económica, pues se trata de actos carentes de sinceridad que no reflejan fielmente la operación que instrumentan (fs. 774; 776; 778 vta. y 779 vta.).

En este sentido, es importante señalar que el núcleo del cuestionamiento del Fisco ha sido expuesto en el memorial en estos términos: "...mi mandante realizó un análisis del instituto de las salidas no documentadas, sosteniendo que la no identificación correcta, positiva y bien probada del destino del gasto hace recaer en cabeza del contribuyente la 'obligación' de abonar como propio el tributo que debió abonar el beneficiario y en el caso de autos no quedó demostrado quién había sido el destinatario final de los fondos erogados con motivo de la presunta compra de acciones [...] mi mandante no califica a la compra como ficticia sino que, al no poder individualizar al verdadero bene-

ficiario de las erogaciones, corresponde la aplicación de la figura contemplada en el Art. 37 -SALIDAS NO DOCUMENTADAS-" (ver fs. 779, párrafo segundo, y 778, párrafo tercero; el resaltado no pertenece al texto. Ver en el mismo sentido, las afirmaciones vertidas por la representación fiscal, a fs. 151 y 417 vta.).

8º) Que, en primer término, cabe referirse al contrato suscripto el 26 de septiembre de 1997 mediante el cual Bolland le compró a Ricardo Miyazono 10.050 acciones ordinarias, nominativas no endosables de valor nominal un austral por acción, representativas del 67% del capital social y de los votos de Lofirme, a un precio de \$ 2.000.000 (conf. copia del contrato agregada a las actuaciones administrativas, cuerpo nº III, fs. 436/447 de la foliatura que responde al sello de la "Administración Federal de Ingresos Públicos").

9º) Que el precio de compra asignado a las acciones resulta especialmente llamativo —por lo elevado del importe— si se tiene en cuenta que el señor Miyazono había constituido la sociedad junto a otros dos socios el 3 de septiembre de 1987 con un capital de quince mil australes (A 15.000) (conf. edicto de constitución de la sociedad publicado en el Boletín Oficial del 6/09/88, fs. 57, y copia parcial del contrato social, act. adm., cuerpo IV, fs. 782/785) y el único bien de importancia que componía su patrimonio era un inmueble rural que Bolland, al desprenderse de los títulos, valuó en la suma de \$ 100.000.

10) Que en lo que atañe al argumento vinculado con la estimación de los beneficios futuros que habría justificado la inversión en Lofirme, el apoderado de Bolland afirmó —al contestar el descargo en sede administrativa— que ella había sido "resuelta teniendo en miras tres aspectos de suma importancia: (a) sin necesidad de comprar el 100% del paquete accionario, con solo el 67% adquirido se accedia al control total de la sociedad, lo que implicaba decidir la política de inversiones y cultivos a realizar, como también todo lo referido a la distribución de dividendos; (b) dado que por una parte del predio corre el Río Co-

lorado, estaba previsto mediante la utilización de aparatos especiales de bombeo, obtener agua para regadio. Una vez obtenido el riego, se estimaba la plantación de frutales. Dado que las tierras regadas tienen una aptitud similar a las del Alto Valle de Río Negro, la importante rentabilidad obtenida por la explotación frutícola se potenciaría con la utilidad proveniente de la cría de ganado ovino y bovino, lo que garantizaba el seguro recupero de la inversión y (c) se especulaba con la revaluación sostenida de los inmuebles agropecuarios, lo que se traducía en una ganancia adicional a la proveniente de la mera explotación del campo". Sin embargo, más adelante señaló que "entre Bolland y el accionista que representaba el 33% del capital social" hubo serias divergencias "respecto a temas inherentes a la explotación en sí, tanto la frutícola como la ganadera, como a su negativa o imposibilidad de realizar las inversiones necesarias para llevarlas a cabo" que determinaron la imposibilidad de "encarar la puesta en marcha del emprendimiento" (conf. copia del descargo del 14 de agosto de 2002, act. adm., cuerpo IV, fs. 741/742).

11) Que teniendo en cuenta lo antes expuesto, es poco verosímil que Bolland haya decidido abonar el importe mencionado si desconocía la situación financiera y patrimonial de Lofirme, tal como surge de las notas a los estados contables de Bolland correspondientes a los ejercicios económicos cerrados al 31/10/97 y al 31/10/98 de las que se extrae que la sociedad midió sus participaciones accionarias en otras compañías a su valor patrimonial proporcional "excepto las inversiones realizadas en...Lo-firme S.A....las que se han mantenido a su valor de adquisición, en virtud de que a la fecha de los presentes estados contables la compañía no contaba con la información contable actualizada de las mismas" (conf. act. adm., cuerpo III, fs. 517 y 524, el subrayado es del Tribunal). Es decir que Bolland ignoraba, al 26 de septiembre de 1997, el valor patrimonial proporcional de las acciones de la sociedad que estaba adquiriendo.

12) Que en otro orden de consideraciones, resulta ex-

traño que Bolland haya decidido abonar al señor Miyazono un precio estimado en función de las ganancias a obtener por un proyecto materialmente inexistente, en el que éste no había tenido ni iba a tener ningún tipo de participación. Es también singular la afirmación de que el proyecto se habría frustrado por supuestas divergencias entre Bolland y su socio minoritario cuando previamente se aseveró que "...sin necesidad de comprar el 100% del paquete accionario, con sólo el 67% adquirido se accedia al control total de la sociedad, lo que implicaba decidir la política de inversiones y cultivos a realizar, como también todo lo referido a la distribución de dividendos..." (conf. act. adm., cuerpo IV, fs. 741/742).

Por otra parte, ello no condice con lo expresado por el directorio de Bolland en cuanto a que el emprendimiento se había frustrado porque "los planes de inversiones agroforestales en el campo del que es titular Lofirme S.A. no resultan económicamente aconsejables", lo que habría decidido a la sociedad a desprenderse de las acciones en favor de dos de sus accionistas por el valor de venta del citado inmueble, valuado por la misma Bolland, dos años después, en la suma de \$ 100.000 (conf. copia del contrato, act. adm., cuerpo III, fs. 460/463; y acta de directorio del 29 de octubre de 1999, act. adm., cuerpo II, fs. 398).

13) Que, las constancias hasta aquí examinadas y el informe pericial producido en la causa, que da cuenta de que las tenencias accionarias de Lofirme S.A. han sido incluidas en los balances de Bolland y se han mantenido en los ejercicios cerrados el 31 de octubre de los años 1997 y 1998 (ver punto 3 del informe agregado a fs. 379/387), permitirían respaldar la realización de la operación de compra entre la actora y el señor Ricardo Miyazono. Al respecto, corresponde señalar que la sola afirmación contenida en el memorial en el sentido de que Lofirme es "una sociedad anónima inexistente" (fs. 778 vta.), sin cuestionar en modo alguno las afirmaciones de los jueces de grado

que arribaron a una conclusión contraria (ver fs. 427, párrafo quinto; fs. 734 vta.), es insuficiente para negar que aquella compraventa se ha llevado a cabo, e imposibilita el examen de ese punto por parte del Tribunal.

En cambio, como se destacó precedentemente, es nítido que el precio abonado por Bolland -\$ 2.000.000- excede en mucho al que razonablemente podría atribuirse a la participación accionaria que, al ser transferida a los accionistas de la actora dos años más tarde, fue valuada en \$ 100.000.

14) Que, otro aspecto en cuyo examen corresponde detenerse, es el relativo a que según las constancias documentales que la actora acompañó a la causa -contrato de compraventa de acciones de Lofirme S.A.; recibos de pago-, y las propias manifestaciones del apoderado de Bolland (el señor Ernesto Neme) que suscribió aquel contrato con el señor Ricardo Miyazono, el pago del precio total de pesos dos millones (\$ 2.000.000) se efectuó a éste, en efectivo, en dos cuotas, la primera de ellas (\$ 200.000), el 26 de septiembre de 1997, y la segunda (\$ 1.800.000), el 29 de octubre de 1997 (ver act. adm., cuerpo III, fs. 436 a 447 y 449/450).

Sin embargo, según fue admitido por el representante de la actora en sede administrativa y así resulta de sus registros contables, el total de \$ 2.000.000 fue cancelado -en parte- imputándose el producido de dos cheques (cada uno de ellos por un valor de \$ 150.000), que no han sido emitidos a nombre del vendedor de las acciones de Lofirme S.A., sino al del señor Guillermo Nazareno Conti -asesor financiero de Bolland-, y cuya comparecencia en el juicio en calidad de testigo la actora no logró concretar, pues no concurrió a las audiencias fijadas. Sobre esta modalidad de pago dicho representante manifestó que "...los cheques, que según surge de los Libros Diario Contables fueron aplicados al pago de estas compras [con referencia a Lofirme S.A. y Transalud S.A.], se entiende [que] fueron emitidos, siguiendo instrucciones del Sr. Ricardo Miyazono, a la orden de

empleados de la empresa y/o asesores externos, que...reportaban a la gerencia de contraloría ejercida por el mencionado Sr. Ricardo Miyazono", puesto que éste "...era responsable de la caja de la empresa, y por ende quien realizó y recibió los pagos...en el caso de Lofirme S.A.".

Asimismo, expresó que el señor Conti, por indicación de Ricardo Miyazono, depositó aquellos cheques "...en su cuenta corriente del entonces Banco Tornquist, para luego retirar en efectivo el importe de los mismos, y entregárselo al mencionado Miyazono", puesto que el pago de la compra venta había sido pactado en pesos (ver act. adm., cuerpo III, fs. 724 y 968; act. adm., cuerpo IV, fs. 47/48 de la foliatura original; fs. 238 a 241 y 381 del informe pericial, del expediente principal).

15) Que las posteriores explicaciones brindadas por Bolland ante el Tribunal Fiscal con el objeto de justificar el pago de un elevado precio, o bien lo expresado acerca de porqué dicho precio fue cancelado del modo antes relatado, son de una manifiesta endeblez, en especial si se repara en la experiencia comercial de la empresa actora y en la magnitud de las operaciones realizadas.

En efecto, Bolland señaló que el señor Ricardo Miyazono —quien trabajó en la empresa por más de 30 años y llegó a desempeñarse con amplias facultades y poderes como "Gerente Financiero y Controller"— gozaba de una plena confianza de los socios y familiares de la firma. Sin embargo, según adujo, "[v]alido de esa posición...comenzó a operar en su propio beneficio utilizando fondos que extraía de Bolland...", y mantuvo una conducta desleal, pues "convenció [a los socios] acerca de la conveniencia de adquirir [la] parte mayoritaria de los paquetes accionarios de Lofirme S.A. (67%) y...Transalud S.A." (ver fs. 98 vta. y 99).

Por otra parte, tras ensayar alguna hipótesis acerca de la modalidad de pago utilizada para adquirir las acciones de

Lofirme S.A., expresó: "Desde luego que contractual y jurídicamente el comprador fue Bolland y el vendedor Miyazono y la intervención de Nazareno Conti fue una cuestión de hecho decidida por Miyazono con el evidente propósito de percibir el precio en efectivo, aunque no estamos en estos momentos en condiciones de conocer los motivos que tuvo para obrar de esa manera" (fs. 117 vta./118).

16) Que con relación al contrato de fecha 1º de septiembre de 1997 acompañado por la actora, en el que se instrumentó la compra de Bolland a José Luis Rodas de 7.200 acciones ordinarias, nominativas no endosables de valor nominal un peso por acción, representativas del 60% del capital social y de los votos de Transalud S.A. por la suma de \$ 6.000.000 (conf. act. adm., cuerpo II, fs. 251/264), varias particularidades deben ser señaladas.

En efecto, por una parte, si bien el contrato fue suscripto en la fecha antedicha, en virtud del derecho de opción de compra que José Luis Rodas le otorgó a Bolland, el precio (\$ 6.000.000) fue abonado anteriormente en su totalidad, mediante 11 pagos de diferentes importes, en dólares estadounidenses y en pesos, efectuados entre el 29 de enero de 1997 y el 27 de agosto de 1997, y según se consignó al pie del Anexo "6", "El presente reemplaza y sustituye los recibos que fueron otorgados en oportunidad de cada pago" (ver ARTÍCULO III, y Anexo "6" del contrato, act. adm., cuerpo II, fs. 254 y 263/264).

Corresponde puntualizar que de las manifestaciones hechas por José Luis Rodas se desprende que los pagos fueron "...realizados en las oficinas de la empresa Bolland S.A. por el Sr. Miyazono..."; tales fondos fueron recibidos por aquél en efectivo y utilizados, en parte, para cancelar y abonar a Ricardo Miyazono, también en efectivo, la suma de \$ 4.000.000 por la compra que previamente le había realizado de 4.800 acciones de Transalud, todo lo cual se llevó a cabo "[m]ediante el mero can-

je de recibos, por lo que el destinatario final de dichos pagos fue el Sr. Miyazono" (conf. las contestaciones de José Luis Rodas a los requerimientos efectuados por la AFIP-DGI, a fs. 65/67; ver también, act. adm., "Cuerpo División Determinaciones de Oficio", fs. 12, 16 y 18).

Por otra parte, como se ha puesto de relieve en la causa, el valor atribuido a las acciones de Transalud S.A. que fueron vendidas por Ricardo Miyazono a José Luis Rodas (el 10/1/97), a solo tres meses de constituida la sociedad, como el fijado en la venta que se produjo meses más tarde (el 1/9/97) a la firma Bolland S.A. "...en una cifra...por lo menos 800 veces mayor al valor original" (ver fs. 16 y 18 de las actuaciones administrativas citadas en el párrafo anterior), por las razones que seguidamente se exponen, es claramente inconcebible.

17) Que Bolland alegó en sede administrativa que la razonabilidad del precio abonado (\$ 6.000.000) residía en el valor de mercado que la compañía tenía "al momento de su lanzamiento" el que se encontraba determinado "...por la probabilidad de generar ingresos futuros, es decir por sus activos intangibles o inmateriales..." (conf. act. adm., cuerpo IV, fs. 741 y 746).

18) Que, sin embargo, no surge que Bolland haya tenido, al tiempo de concertar esa operación, datos o información que justificaran el precio que abonó por la compra de esa participación accionaria, máxime si Transalud S.A. había sido constituida el 7 de octubre de 1996 —es decir, tan solo un año antes— con un capital inicial de \$ 12.000 y el plan de negocios y facturación expuesto en sus estados contables es meramente conjetural ya que carece de respaldo documental (conf. fs. 121 vta. y estados contables correspondientes al ejercicio económico —irregular— nº 1 de Transalud finalizado el 31/10/96, act. adm., cuerpo II, fs. 265/276; ver, asimismo, arg. art. 33 de la ley 11.683 —t.o. 1998—). Aanáloga conclusión cabe llegar respecto del precio (\$ 4.000.000) por el cual Miyazono vendió previamente

a Rodas las 4.800 acciones de Transalud (conf. en tal sentido el informe de descargo de la AFIP-DGI, act. adm., "cuerpo división determinaciones de oficio", fs. 18).

19) Que del informe contable producido en autos tampoco surgen elementos que permitan justificar la notable desproporción entre el precio abonado por las acciones y su valor nominal ya que al 1º de septiembre de 1997 Transalud había celebrado un solo convenio con Qualitas Médica S.A. por medio del cual se habría acordado la instalación de treinta terminales en forma gratuita.

20) Que el perito interviniente compulsó otros tres contratos, dos de ellos de mayor relativa importancia, de los cuales uno se habría celebrado el 20/03/98 con AMSA fijándose un cargo fijo mensual de u\$s 12.000 por las primeras 300.000 transacciones y un precio variable por la instalación de cada terminal de entre u\$s 50 y u\$s 55. El otro se habría celebrado con OSDE el 14/07/98 pactándose un cargo fijo mensual de u\$s 10.000 por las primeras 60.000 transacciones, y estableciéndose un cargo variable de u\$s 0,16 a u\$s 0,10 por cada transacción adicional. Como en el caso anterior se pactó un precio de u\$s 50 por la instalación de cada terminal (conf. fs. 385 vta./386).

21) Que de lo anteriormente expuesto se desprende con claridad que Bolland no podía prever razonablemente que las expectativas de ganancias de Transalud iban a ser de tal magnitud como para justificar el precio que abonó por la referida participación accionaria. A mayor abundamiento, cabe señalar, como ejemplo de la ostensible desproporción de valores, que durante los seis períodos comerciales posteriores a la firma del contrato Transalud registró pérdidas por \$ 57.234,52, \$ 617.029,15, \$ 927.079, \$ 839.972, \$ 303.919, \$ 185.190 y \$ 378.614, respectivamente (conf. peritaje contable, fs. 385/386).

22) Que, finalmente, como ha sido señalado en el considerando 16 de la presente, si bien del contrato acompañado por

la actora resulta que los pagos que componían el precio total debían ser cancelados en pesos o dólares -y así manifiesta haberlos recibidos el vendedor José Luis Rodas-, los registros contables de la actora y el peritaje rendido en la causa, dan cuenta de que "...los fondos que destinó Bolland y Cía. S.A. a la adquisición de las acciones de Transalud S.A. por \$ 6.000.000...en el ejercicio cerrado el 31 de Octubre de 1997..." fueron los siguientes: en efectivo, caja en pesos: \$ 180.214,82; en efectivo, caja en dólares: \$ 4.314.785,18; en cheques, cuenta corriente Banco Quilmes: \$ 1.505.000, los que han sido librados a nombre de: "Luis Ángel Scotto, Flavio Guerrera y/o Federico Bellati, Jorge González, Guillermo Cesario, Roberto López y Guillermo Nazareno Conti", quienes formaban parte del personal o se desempeñaban como asesores de Bolland. S.A. (ver a fs. 381 del informe pericial, lo expresado por el perito Juan José Cogorno).

La explicación que brindó el apoderado de Bolland frente al cuestionamiento del Fisco referente a que los cheques han sido librados a favor de "...terceras personas, vinculadas directamente con la responsable...cuando...el único beneficiario debió haber sido el propio vendedor (Sr. Rodas)", consistió -de modo similar que en el caso de la compra de las acciones de Lofirme S.A.- únicamente en que: "Los cheques fueron emitidos a quienes designara el Sr. Miyazono...Se entiende que el precitado Miyazono, utilizó este procedimiento, para poder obtener el dinero en efectivo, que le fue entregado al vendedor de Transalud S.A., Sr. José Luis Rodas, dado que conforme a las disposiciones del Banco Central de la República Argentina, vigentes en ese momento, existía impedimento para cobrar por ventanilla, cheques superiores a \$ 50.000" (cf. act. adm., cuerpo IV, fs. 49 de la foliatura original).

23) Que, a esta altura del relato, corresponde señalar que pese a las particularidades descriptas con relación a las operaciones comprendidas en esta causa -y con independencia de si de aquéllas podrían derivarse otras consecuencias de orden

tributario para alguna de las partes intervenientes-, lo único que cabe aquí juzgar es si las erogaciones de fondos que efectuó la actora deben ser alcanzadas por el instituto de las salidas no documentadas contemplado en el art. 37 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997), tal como lo dispuso la Administración Federal de Ingresos Pùblicos al dictar la Resolución 93/2002 (DV DOGR).

En este sentido, es pertinente recordar que el Tribunal al fallar el caso "Red Hotelera Iberoamericana S.A. (TF 14.372-I) c/ D.G.I." (Fallos: 326:2987), estableció que una salida de dinero carece de documentación -a los fines de aquella norma- tanto cuando no hay documento alguno referente a ella, como en el supuesto en que si bien la hay, el instrumento carece de aptitud para demostrar la causa de la erogación e individualizar -al tratarse de actos carentes de sinceridad- a su verdadero beneficiario. También, en el caso "Radio Emisora Cultural S.A. (TF 15.144-I) c/ D.G.I." (ver Fallos: 323:3376 y el allí citado), esta Corte señaló que aquella previsión ha sido adoptada por el legislador para asegurar la integra percepción de la renta fiscal en una particular situación en la cual, "...ante la falta de individualización de los beneficiarios, a cuyo cargo debiera estar el pago del impuesto al rédito percibido, quien hace la erogación queda obligado a abonar sobre ella el tributo y debe hacerlo a título propio...".

En el caso, la falta de concurrencia de los extremos exigidos en los precedentes antes citados, impiden la aplicación del referido instituto.

24) Que, en efecto, los señores Miyazono y Rodas aparecen claramente identificados como beneficiarios de los pagos realizados por Bolland. El primero, en función de lo expuesto en los considerandos 8º y 16 de esta sentencia; y el segundo, de acuerdo con lo señalado en este último considerando.

Ello, por lo demás, ha quedado corroborado con el

resultado de las tareas de verificación, fiscalización y determinación de los impuestos a las ganancias y a los bienes personales que la Administración Federal de Ingresos Públicos llevó a cabo individualmente, según el caso, respecto de los señores Rodas y Miyazono.

En efecto, en lo que se refiere al señor Rodas, éste reconoció -en el marco de la fiscalización del impuesto a las ganancias y a los bienes personales identificada bajo la O.I. n° 1561/0- que el cobro de los \$ 6.000.000 por la venta de las acciones de Transalud había sido realizado íntegramente en efectivo, en la moneda y oportunidades indicadas en el Anexo 6 del contrato (conf. act. adm., cuerpo II, fs. 263/264) y que los había utilizado "en pago de la compra efectuada anteriormente al Sr. Ricardo Miyazono (\$ 4.000.000)..." precisando que "...los \$ 2.000.000 de ingresos netos resultante entre la compra al Sr. Ricardo Miyazono de 4800 acciones y la venta a Bolland Cia. S.A. de 7200 acciones efectuadas ambas en el año 1997" se encontraban expuestos en la cuenta "R.S. Justificación Patrimonial", "Rubro a) punto 2) columna III...Neto operación Bolland 2.000.000" de su declaración jurada del impuesto a las ganancias del periodo fiscal 1997 (conf. copia de las contestaciones a los requerimientos efectuados por la AFIP, fs. 65/67).

Por otra parte, en lo que atañe al señor Miyazono, el Fisco Nacional le determinó de oficio el impuesto a las ganancias correspondiente al año 1997 porque -entre otros puntos objeto de ajuste fiscal- aquél había incluido en la respectiva declaración jurada los montos a que se alude en el primer párrafo de este considerando como rentas exentas (conf. copia de la resolución 07/2002 agregada a fs. 310/330). Los términos del acto determinativo de oficio reflejan la correspondencia entre las sumas involucradas en esta causa con las que el propio Miyazono declaró como beneficios exentos en la declaración jurada correspondiente al año en que ellas fueron pagadas.

En consecuencia, y toda vez que en el caso no solo se

encuentra identificada la causa de las erogaciones realizadas –las compraventa de acciones–, sino que además se hallan individualizados los beneficiarios respecto de los que la AFIP pudo llevar adelante los pertinentes procedimientos de determinación, más allá de la distinta inteligencia asignada al citado art. 37 por los tribunales de las anteriores instancias –cf. considerando 6º de la presente–, corresponde coincidir con la conclusión a la que aquéllos arribaron en cuanto a la improcedencia del ajuste fiscal efectuado a Bolland y Cía. S.A.

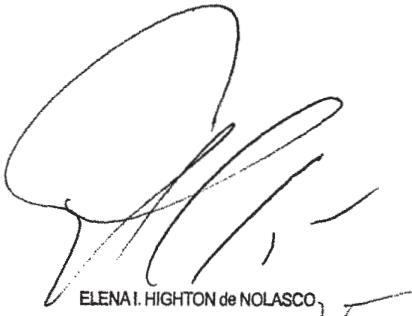
25) Que tampoco pueden prosperar los agravios dirigidos a que se impongan a la actora las costas por el rechazo de la nulidad planteada ante el Tribunal Fiscal, ya que con independencia de que esa defensa había sido introducida como excepción de previo y especial pronunciamiento (conf. fs. 132), lo cierto es que fue tratada y resuelta en la sentencia de fondo y –tal como lo puso de relieve el a quo– la actora la planteó “como defensa contra la determinación tributaria y encaminada a obtener la revocación de la pretensión fiscal” (conf. sentencia de cámara, considerando V, fs. 735). En tales condiciones, y si bien a ese resultado se llegó en virtud del examen y la decisión del aspecto sustancial de la controversia, cabe coincidir con el a quo en cuanto a que no corresponde una imposición de costas autónoma por la aludida incidencia.

Por ello, en virtud de los fundamentos expuestos en la presente, se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta instancia se imponen por su orden en atención a que los precedentes mencionados en el considerando 6º –no atendidos por el a quo– pudieron llevar al organismo recaudador a considerar razonable-

-///-mente que los ajustes fiscales se ajustaban a derecho (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



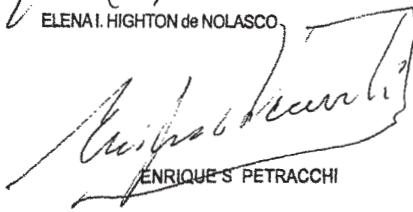
RICARDO LUIS LORENZETTI



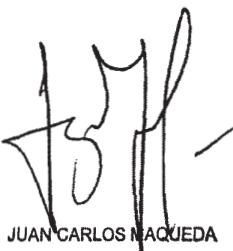
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



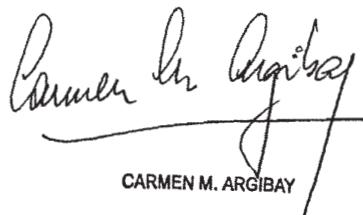
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

VO-//-

-///-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI determinó de oficio el impuesto a las ganancias de Bolland y Cía. S.A. por considerar que las operaciones de compra de acciones de Lofirme S.A. y Transalud S.A. informadas por aquélla en el año 1997 resultaban simuladas o ficticias y, en consecuencia, asignó a los pagos realizados por tal concepto el tratamiento de "salidas no documentadas" que contempla el art. 37 de la ley del tributo (fs. 69/92). Contra

dicha resolución, la sociedad mencionada en primer término interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 93/132).

2º) Que el organismo jurisdiccional rechazó el planteo de nulidad del procedimiento administrativo formulado por la actora y le impuso las costas de tal incidencia. En lo que respecta a la cuestión de fondo hizo lugar al recurso deducido y, en consecuencia, revocó el ajuste fiscal (conf. fs. 432/437).

3º) Que para resolver del modo indicado el aspecto sustancial de la controversia señaló que el art. 37 de la ley del impuesto a las ganancias es una norma sancionatoria que solo prevé el pago del tributo frente a erogaciones carentes de documentación respaldatoria respecto de las cuales no se demuestre que fueron realizadas para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas, mas no ante erogaciones documentadas con elementos falsos. Agregó que el art. 38 de la ley excluye de la figura a los casos en que se presuma que los pagos fueron realizados para adquirir bienes o que por su monto no lleguen a ser ganancias gravables en manos de su beneficiario. En tal inteligencia, concluyó en que la previsión del art. 37 solo resulta aplicable cuando se pretende efectuar una deducción como gasto, cuyo objeto sea reducir el monto del impuesto a pagar, circunstancia que no se verificaba en autos dado que el peritaje contable permitía concluir que los pagos habían sido realizados para adquirir bienes y que el quebranto originado en la venta a pérdida de esas acciones dos años después de su compra no había sido computado por la sociedad en la liquidación impositiva del año respectivo.

4º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal en lo que atañe al fondo del asunto y dejó sin efecto la condena en costas a la sociedad accionante por el rechazo del planteo de nulidad (fs. 733/736). Contra tal sentencia el organismo recaudador dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 743/744) que fue concedido a fs. 746. El memorial

de agravios obra a fs. 770/781 y su contestación por la actora a fs. 784/793.

5º) Que el recurso interpuesto resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra la sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

6º) Que en primer lugar cabe destacar que asiste razón al representante del Fisco Nacional cuando señala que la interpretación que las sentencias de las anteriores instancias efectuaron del art. 37 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997) no se adecua a la inteligencia que la Corte asignó a la figura de las salidas no documentadas en los precedentes "Radio Emisora Cultural S.A. (TF 15.144-I) c/ D.G.I." (Fallos: 323:3376) y "Red Hotelera Iberoamericana S.A. (TF 14.372-I) c/ D.G.I." (Fallos: 326:2987), en cuanto en ellos se estableció que dicho instituto fija "la imposición de un tributo que...no tiene naturaleza sancionatoria", y que por lo demás -según se aseveró en el caso citado en último término- no sólo resulta procedente su aplicación en situaciones de "inexistencia absoluta de documentación" sino también en casos donde la "documentación no [es] sincera" (conf. fs. 777/778).

7º) Que, en consecuencia, la correcta inteligencia que corresponde asignar al instituto de las salidas no documentadas, hace necesario el tratamiento, desde esa perspectiva, de los agravios de la AFIP vinculados con la falsedad que atribuye a las referidas operaciones de compra de las acciones de Lofirme y Transalud por parte de Bolland (conf. fs. 776 -3º párrafo-, 778 vta. -1º párrafo- y 779 vta. -2º y 3º párrafos-).

8º) Que al respecto resulta notoria la desproporción entre los precios pagados por las acciones de Lofirme y Transalud y su estimado valor patrimonial al tiempo de efectuarse las transacciones, sin que pueda razonablemente sostenerse que

tal desproporción responda a las expectativas de ganancias que pudiera haber abrigado Bolland al encarar los respectivos emprendimientos.

9º) Que, en primer término, cabe referirse al contrato suscripto el 26 de septiembre de 1997 mediante el cual Bolland le compró a Ricardo Miyazono 10.050 acciones ordinarias, nominativas no endosables de valor nominal un austral por acción, representativas del 67% del capital social y de los votos de Lofirme, a un precio de \$ 2.000.000 (conf. copia del contrato agregada a las actuaciones administrativas, cuerpo III, fs. 436/447 de la foliatura que responde al sello de la "Administración Federal de Ingresos Públicos").

10) Que el precio de compra asignado a las acciones resulta especialmente llamativo -por lo elevado del importe- si se tiene en cuenta que el señor Miyazono había constituido la sociedad junto a otros dos socios el 3 de septiembre de 1987 con un capital de quince mil australes (A 15.000) (conf. edicto de constitución de la sociedad publicado en el Boletín Oficial del 6/09/88, fs. 57, y copia parcial del contrato social, act. adm., cuerpo IV, fs. 782/785) y el único bien de importancia que componía su patrimonio era un inmueble rural que Bolland, al desprenderse de los títulos, valuó en la suma de \$ 100.000 -conf. infra considerando 14-.

11) Que en lo que atañe al argumento vinculado con la estimación de los beneficios futuros que habría justificado la inversión en Lofirme, el apoderado de Bolland afirmó -al contestar el descargo en sede administrativa- que ella había sido "resuelta teniendo en miras tres aspectos de suma importancia: (a) sin necesidad de comprar el 100% del paquete accionario, con solo el 67% adquirido se accedía al control total de la sociedad, lo que implicaba decidir la política de inversiones y cultivos a realizar, como también todo lo referido a la distribución de dividendos; (b) dado que por una parte del predio corre el Río Colorado, estaba previsto mediante la utilización de aparatos es-

peciales de bombeo, obtener agua para regadio. Una vez obtenido el riego, se estimaba la plantación de frutales.. Dado que las tierras regadas tienen una aptitud similar a las del Alto Valle de Río Negro, la importante rentabilidad obtenida por la explotación frutícola se potenciaría con la utilidad proveniente de la cría de ganado ovino y bovino, lo que garantizaba el seguro recuperó de la inversión y (c) se especulaba con la revaluación sostenida de los inmuebles agropecuarios, lo que se traducía en una ganancia adicional a la proveniente de la mera explotación del campo". Sin embargo, más adelante señaló que "entre Bolland y el accionista que representaba el 33% del capital social" hubo serias divergencias "respecto a temas inherentes a la explotación en sí, tanto la frutícola como la ganadera, como a su negativa o imposibilidad de realizar las inversiones necesarias para llevarlas a cabo" que determinaron la imposibilidad de "encarar la puesta en marcha del emprendimiento" (conf. copia del descargo del 14 de agosto de 2002, act. adm., cuerpo IV, fs. 741/742).

12) Que teniendo en cuenta lo antes expuesto, es poco verosímil que Bolland haya decidido abonar el importe mencionado si desconocía la situación financiera y patrimonial de Lofirme, tal como surge de las notas a los estados contables de Bolland correspondientes a los ejercicios económicos cerrados al 31/10/97 y al 31/10/98 de las que se extrae que la sociedad midió sus participaciones accionarias en otras compañías a su valor patrimonial proporcional "excepto las inversiones realizadas en...Lofirme S.A....las que se han mantenido a su valor de adquisición, en virtud de que a la fecha de los presentes estados contables la compañía no contaba con la información contable actualizada de las mismas" (conf. act. adm., cuerpo III, fs. 517 y 524, el subrayado es del Tribunal). Es decir que Bolland ignoraba, al 26 de septiembre de 1997, el valor patrimonial proporcional de las acciones de la sociedad que estaba adquiriendo.

13) Que en otro orden de consideraciones, resulta inexplicable que Bolland haya decidido abonar al señor Miyazono un

precio estimado en función de las ganancias a obtener por un proyecto materialmente inexistente, en el que éste no había tenido ni iba a tener ningún tipo de participación. Es también desconcertante la afirmación de que el proyecto se habría frustrado por supuestas divergencias entre Bolland y su socio minoritario cuando previamente se aseveró que "...sin necesidad de comprar el 100% del paquete accionario, con sólo el 67% adquirido se accedía al control total de la sociedad, lo que implicaba decidir la política de inversiones y cultivos a realizar, como también todo lo referido a la distribución de dividendos..." (conf. act. adm., cuerpo IV, fs. 741/742).

Por otra parte, ello no condice con lo expresado por el directorio de Bolland en cuanto a que el emprendimiento se había frustrado porque "los planes de inversiones agroforestales en el campo del que es titular Lofirme S.A. no resultan económicamente aconsejables", lo que habría decidido a la sociedad a desprenderse de las acciones en favor de dos de sus accionistas por el valor de venta del citado inmueble, valuado por la misma Bolland, dos años después, en la suma de \$ 100.000 (conf. copia del contrato, act. adm., cuerpo III, fs. 460/463; y acta de directorio del 29 de octubre de 1999, act. adm., cuerpo II, fs. 398).

14) Que, en tal estado de cosas, corresponde concluir que si bien del examen de la documentación y del informe contable agregados a autos -conf. fs. 379/387- surge que entre Bolland y el señor Miyazono existió efectivamente la referida operación de compra de acciones, el precio que por ella se abonó resulta claramente desproporcionado en tanto excede en mucho al que razonablemente podría atribuirse a la participación accionaria transferida.

15) Que dicha conclusión se encuentra abonada por las propias expresiones de Bolland en su escrito de apelación ante el Tribunal Fiscal, oportunidad en que endilgó al señor Miyazono

-que se desempeñó durante más de treinta años en esa empresa, de la que fue gerente financiero y apoderado con amplias facultades de decisión (fs. 98 vta.)- la responsabilidad de haber decidido unilateralmente la ejecución de un negocio "inconveniente" para la sociedad y faltando a los más elementales principios de lealtad hacia quienes habían depositado su confianza en él -(conf. especialmente fs. 98 vta. -pto. 4.1.-, 99, 99 vta., 114 vta. -3er. párrafo-).

16) Que a análogas conclusiones conduce el examen del contrato de fecha 1º de septiembre de 1997 por el que Bolland compró a José Luis Rodas 7.200 acciones ordinarias, nominativas no endosables de valor nominal un peso por acción, representativas del 60% del capital social y de los votos de Transalud por la suma de \$ 6.000.000 (conf. act. adm., cuerpo II, fs. 251/264). Es del caso puntualizar que conforme surge de las propias manifestaciones de Rodas tales fondos fueron recibidos por él en efectivo y utilizados en parte para cancelar y abonar a Miyazono la suma de \$ 4.000.000 por la compra que previamente le había realizado -10 de enero de 1997- de 4.800 acciones de Transalud, todo lo cual se llevó a cabo "[m]ediante el mero canje de recibos, por lo que el destinatario final de dichos pagos fue el Sr. Miyazono" (conf. copia de las contestaciones de Rodas en el marco de los requerimientos efectuados por la AFIP-DGI en la O.I. nº 1561/0, fs. 65/67; conf. asimismo el informe de descargo de la AFIP-DGI, act. adm., "cuerpo división determinaciones de oficio", fs. 12, 16 y 18; ver también Anexo 6 del contrato de compraventa, act. adm., cuerpo II, fs. 263/264).

17) Que Bolland alegó en sede administrativa que la razonabilidad del precio abonado (\$ 6.000.000) residía en el valor de mercado que la compañía tenía "al momento de su lanzamiento" el que se encontraba determinado "...por la probabilidad de generar ingresos futuros, es decir por sus activos intangibles o inmateriales..." (conf. act. adm., cuerpo IV, fs. 741 y 746).

18) Que, sin embargo, no surge que Bolland haya tenido, al tiempo de concertar esa operación, datos o información que justificaran el precio que abonó por la compra de esa participación accionaria, máxime si Transalud S.A. había sido constituida el 7 de octubre de 1996 –es decir, tan solo un año antes– con un capital inicial de \$ 12.000 y el plan de negocios y facturación expuesto en sus estados contables es meramente conjetural ya que carece de respaldo documental (conf. fs. 121 vta. y estados contables correspondientes al ejercicio económico –irregular– nº 1 de Transalud finalizado el 31/10/96, act. adm., cuerpo II, fs. 265/276; ver, asimismo, arg. art. 33 de la ley 11.683 –t.o. 1998–). A análoga conclusión cabe llegar respecto del precio (\$ 4.000.000) por el cual Miyazono vendió previamente a Rodas las 4.800 acciones de Transalud (conf. en tal sentido el informe de descargo de la AFIP-DGI, act. adm., “cuerpo división determinaciones de oficio”, fs. 18).

19) Que del informe contable producido en autos tampoco surgen elementos que permitan justificar la notable desproporción entre el precio abonado por las acciones y su valor nominal ya que al 1º de septiembre de 1997 Transalud había celebrado un solo convenio con Qualitas Médica S.A. por medio del cual se habría acordado la instalación de treinta terminales en forma gratuita.

20) Que el perito interviniente compulsó otros tres contratos, dos de ellos de mayor relativa importancia, de los cuales uno se habría celebrado el 20/03/98 con AMSA fijándose un cargo fijo mensual de u\$s 12.000 por las primeras 300.000 transacciones y un precio variable por la instalación de cada terminal de entre u\$s 50 y u\$s 55. El otro se habría celebrado con OSDE el 14/07/98 pactándose un cargo fijo mensual de u\$s 10.000 por las primeras 60.000 transacciones, y estableciéndose un cargo variable de u\$s 0,16 a u\$s 0,10 por cada transacción adicional. Como en el caso anterior se pactó un precio de u\$s 50 por la instalación de cada terminal (conf. fs. 385 vta./386).

21) Que de lo anteriormente expuesto se desprende con claridad que Bolland no podía prever razonablemente que las expectativas de ganancias de Transalud iban a ser de tal magnitud como para justificar el precio que abonó por la referida participación accionaria. A mayor abundamiento, cabe señalar, como ejemplo de la ostensible desproporción de valores, que durante los seis períodos comerciales posteriores a la firma del contrato Transalud registró pérdidas por \$ 57.234,52, \$ 617.029,15, \$ 927.079, \$ 839.972, \$ 303.919, \$ 185.190 y \$ 378.614, respectivamente (conf. peritaje contable, fs. 385/386).

22) Que, en síntesis, corresponde formular en este punto idénticas consideraciones que las efectuadas en el considerando 14 respecto de la compra de la tenencia accionaria de Lofirme, toda vez que no obstante encontrarse acreditada la efectiva existencia de la operación de compraventa de acciones de Transalud S.A. entre Bolland y el señor Rodas, el precio abonado resulta notoriamente desproporcionado ya que supera de modo ostensible al que razonablemente podría atribuirse a la participación societaria transferida.

23) Que en tales condiciones, cabe desestimar los agravios del Fisco Nacional en cuanto refiere que "al haberse realizado actos y emitidos [sic] documentos carentes de sinceridad, se ignor[a] cuál ha sido la operación económica realmente efectuada por la firma BOLLAND y CIA SA, y quiénes y en qué proporción han obtenido beneficios pecuniarios de ella" (conf. memorial de agravios presentado ante esta Corte, fs. 774), en tanto —como surge de lo precedentemente expuesto— se trata de operaciones efectivamente llevadas a cabo, entre partes debidamente individualizadas, de manera que la objeción debe entenderse circunscripta a la falta de correspondencia entre los precios involucrados y los valores de los bienes que razonablemente hubiera correspondido estimar.

24) Que, en efecto, los señores Miyazono y Rodas aparecen claramente individualizados como beneficiarios de los pa-

gos realizados por Bolland. El primero, en función de lo expuesto en los considerandos 9º, 14 y 16 de esta sentencia; y el segundo, de acuerdo con lo señalado en el último considerando citado.

Ello ha quedado corroborado, a mayor abundamiento, con el resultado de las tareas de verificación, fiscalización y determinación de los impuestos a las ganancias y a los bienes personales que la Administración Federal de Ingresos Públicos llevó a cabo individualmente, según el caso, respecto de los señores Rodas y Miyazono.

En efecto, en lo que se refiere al señor Rodas, éste reconoció —en el marco de la fiscalización del impuesto a las ganancias y a los bienes personales identificada bajo la O.I. n° 1561/0— que el cobro de los \$ 6.000.000 por la venta de las acciones de Transalud había sido realizado íntegramente en efectivo, en la moneda y oportunidades indicadas en el Anexo 6 del contrato (conf. act. adm., cuerpo II, fs. 263/264) y que los había utilizado “en pago de la compra efectuada anteriormente al Sr. Ricardo Miyazono (\$ 4.000.000)...” precisando que “...los \$ 2.000.000 de ingresos netos resultante entre la compra al Sr. Ricardo Miyazono de 4800 acciones y la venta a Bolland y Cía. S.A. de 7200 acciones efectuadas ambas en el año 1997” se encontraban expuestos en la cuenta “R.S. Justificación Patrimonial”, “Rubro a) punto 2) columna II...Neto operación Bolland 2.000.000” de su declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal 1997 (conf. copia de las contestaciones a los requerimientos efectuados por la AFIP, fs. 65/67).

Por otra parte, en lo que atañe al señor Miyazono, el Fisco Nacional le determinó de oficio el impuesto a las ganancias correspondiente al año 1997 porque —entre otros puntos objeto de ajuste fiscal— aquél había incluido en la respectiva declaración jurada los montos a que se alude en el primer párrafo de este considerando como rentas exentas (conf. copia de la resolución 07/2002 glosada a fs. 310/330). Los términos del acto

determinativo de oficio reflejan la efectiva correspondencia entre las sumas involucradas en esta causa con las que el propio Miyazono declaró como beneficios exentos en la declaración jurada correspondiente al año en que ellas fueron pagadas por Bolland (conf. fs. 311/317). Al respecto cabe señalar que ha tenido radicación en esta Corte la causa "Miyazono, Ricardo s/ quiebra" (Fallos: 334:784) en la que se discutió sobre la verificación de créditos solicitada por el organismo fiscal con base en aquella determinación.

25) Que en las aludidas condiciones corresponde concluir que desde la perspectiva que surge del precedente "Red Hotelera Iberoamericana" citado, resulta inaplicable al caso de autos el instituto de las salidas no documentadas contemplado en el art. 37 de la Ley del Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997), ya que la situación fáctica verificada en las presentes actuaciones no tiene cabida en dicha figura a tenor de la inteligencia que el Tribunal le asignó. En efecto, en el citado precedente se afirmó que una salida de dinero carece de documentación -a los fines de esa norma- tanto cuando no hay documento alguno referente a ella, como en el supuesto en que si bien lo hay, el instrumento carece de aptitud para demostrar la causa de la erogación e individualizar -al tratarse de actos carentes de sinceridad- a su verdadero beneficiario. En la presente causa, según surge de lo expuesto en los anteriores considerandos, no solo se encuentran acreditadas las compraventas de acciones que permiten identificar la causa de las erogaciones realizadas sino que además se encuentran individualizados los beneficiarios, respecto de quienes la AFIP llevó adelante los pertinentes procedimientos de determinación. De tal manera, la falta de concurrencia de los extremos considerados en el citado precedente impiden la aplicación del referido instituto al caso sub examine, con independencia de la desproporción de los precios abonados por las acciones. En consecuencia, y más allá de la distinta inteligencia asignada al citado art. 37 por los tribunales de las anteriores instancias -según se puntualizó en el considerando

6º— corresponde coincidir con la conclusión a la que aquéllos llegaron en cuanto a la improcedencia del ajuste fiscal efectuado a Bolland y Cía. S.A.

26) Que tampoco pueden prosperar los agravios dirigidos a que se impongan a la actora las costas por el rechazo de la nulidad planteada ante el Tribunal Fiscal, ya que con independencia de que esa defensa había sido introducida como excepción de previo y especial pronunciamiento (conf. fs. 132), lo cierto es que fue tratada y resuelta en la sentencia de fondo y —tal como lo puso de relieve el a quo— la actora la planteó "como defensa contra la determinación tributaria y encaminada a obtener la revocación de la pretensión fiscal" (conf. sentencia de cámara, considerando V, fs. 735). En tales condiciones, y si bien a ese resultado se llegó en virtud del examen y la decisión del aspecto sustancial de la controversia, cabe coincidir con el a quo en cuanto a que no corresponde una imposición de costas autónoma por la aludida incidencia.

Por ello, en virtud de los fundamentos expuestos en la presente, se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta instancia se imponen por su orden en atención a que los precedentes mencionados en el considerando 6º —no atendidos por el a quo— pudieron llevar al organismo recaudador a considerar razonablemente que los ajustes fiscales se ajustaban a derecho (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



CARLOS S. FAYT

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP-DGI), demandado en autos, representado por el Dr. Horacio Luis Martiré y, en el memorial de agravios, por la Dra. Cristina Noemí González, con el patrocinio letrado del letrado mencionado.

Traslado contestado por Bolland y Cía. S.A., actora en autos, representada por el Dr. José A. Díaz Ortiz.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Fiscal de la Nación.

H. C. A. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR
S/OFICIO SRA. SUBDIRECTORA DE ASUNTOS JURÍDICOS DEL MINISTERIO DE
RELACIONES EXTERIORES

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde confirmar la sentencia que ordenó la inmediata restitución de un niño a España mediante el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) si frente a la postura ambigua del padre recurrente, a la carencia de prueba documental que acredice la existencia de la autorización otorgada por la madre sin fecha de retorno y a que pesa sobre quien pretende evitar que el menor sea restituido la carga de probar dicha circunstancia que permite validar la situación que se encuentra cuestionada -lo que no ha ocurrido en el caso-, solo cabe concluir que se está ante una retención ilícita del niño.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

En el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) la ponderación sobre la opinión del menor no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores y el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

El proceso de restitución internacional de menores no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (art. 16 del CH 1980).

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Si de acuerdo a los hechos comprobados en la causa el niño presenta un extremo de perturbación emocional que excede al que, ordinariamente, resultaría de la ruptura de la situación de arraigo en el país donde fue trasladado, frente a la posibilidad que podría ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente, aun cuando el desplazamiento fuese conflictivo, pues es claro que existe un grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico subsumible

en la previsión del art. 13, inc. b, primer párrafo del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH 1980), afirmación que se apoya en la entidad del padecer que sufrió, corresponde revocar la sentencia que ordenó su restitución a España de acuerdo con lo instado por la madre (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

En la especie, el principal afectado viene denunciando desde un comienzo, circunstancias muy concretas que podrían corresponderse con una situación de violencia intrafamiliar (entre otras, negligencia, colecho, exhibición de desnudez y promiscuidad, intento de suicidio frente al hijo, a lo que se agregaría la presencia de enuresis).

Entiendo que la especialísima consistencia de esos eventuales hechos –susceptible de comprometer seriamente el desarrollo integral de R.–, conmina a este Ministerio Público Fiscal a proceder con extrema prudencia, de manera que no se frustre el objetivo inmediato de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, pero tampoco la vigencia efectiva del mejor interés del niño, principio éste que inspira tanto al mecanismo restitutorio que ella diseña, como a las excepciones que –al propio tiempo– consagra, abriendo paso así a la discrecionalidad del Estado de refugio.

A mi modo de ver, ese imperativo –que no sólo surge expresamente de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que resulta estructuralmente compatible con la rigurosidad hermenéutica y temporal del citado Convenio de La Haya–, no puede soslayarse en función del modo en que se ha conformado hasta ahora el proceso, variable que, en esta singular materia, no constituye a V.E.

-II-

Entonces, dado que, según estimo, los datos reunidos en el expediente resultan insuficientes para determinar la tutela y mejor interés de R., previo a dictaminar, solicito a V.E.:

1º) la exhaustiva evaluación socio ambiental de la actora y su grupo familiar, que dé cuenta de su historia y realidad actual, con particular acento en los aspectos relativos a la salud y al desempeño laboral, familiar y social;

2º) la información precisa sobre los antecedentes hospitalarios de la madre, en cuanto a

su eventual adicción y/o intento de suicidio, con expresa indicación de su diagnóstico, pronóstico y de cualquier referencia que se tenga en relación con su hijo R.

3º) la evaluación psicodiagnóstica de R., orientada específicamente a la existencia o no de riesgo psíquico en la restitución y a la determinación del grado de perturbación que ella entrañaría. Sugiero, asimismo, que esta tarea sea realizada por especialistas en violencia familiar del Cuerpo de peritos de esa Corte.

4º) si fuere menester, con esos elementos a la vista, la celebración de una audiencia para oír personalmente al niño.

-III-

De coincidir V.E. con el criterio que aquí propicio, pido que se inste a los jueces y a la Autoridad Central, a la implementación de las medidas propuestas.

Buenos Aires. *17* de octubre de 2012.

M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *21 de febrero de 2013.*

Vistos los autos: "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores".

Considerando:

1º) Que la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba confirmó lo resuelto en la instancia anterior y ordenó la inmediata restitución del niño R.M.H. a España, que había sido instada por su madre, la señora A.H.C., mediante el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980).

2º) Que para así decidir, la corte local señaló que

el extremo vinculado a la "residencia habitual del niño" había quedado debidamente acreditado con el certificado de estudio agregado en autos, en el que consta que el menor está matriculado en un colegio público de España desde el mes de septiembre de 2006; que del acuerdo celebrado por los progenitores en la sentencia de divorcio dictada en el año 2005, surgía que la patria potestad y guarda de R.M.H. había sido confiada a su madre.

Asimismo, el a quo hizo referencia a la constancia de denuncia efectuada por la madre, en la que había manifestado que el menor estaba de vacaciones con su padre en Argentina y que debía regresar a España el 20 de diciembre de 2009 y, como corolario de ello, concluyó que estaban dados los presupuestos que tornaban procedente el pedido de restitución, considerando que la permanencia del niño en el país encuadraba en la hipótesis que prevé el art. 3 del CH 1980, en tanto su continuación en la Argentina importaba la violación de los derechos de guarda de la progenitora.

3º) Que el tribunal agregó que no se había acreditado que la restitución implicase un grave riesgo para R.M.H., ni que con ello se pusiese en peligro su estado físico o psíquico o se lo colocase en una situación intolerable; que la situación emocional por la que atravesaba el niño ante el sentimiento de tener que regresar, no poseía la entidad emplazada por la ley para justificar el incumplimiento de la normativa internacional vigente en la materia.

Por último, concluyó que la decisión adoptada en modo alguno importaba disposición o modificación de la situación jurídica del menor, sino solo su reintegro a la jurisdicción del país exhortante ante cuyos tribunales correspondía que el interesado sometiera a juzgamiento cualquier pretensión tendiente a obtener una eventual alteración del régimen de guarda y tenencia preexistente.

4º) Que contra dicho pronunciamiento, el padre del menor interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a

fs. 345/347. Sostiene que la sentencia vulnera normas de jerarquía constitucional como son los arts. 1º y 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3º, 13 y 20 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH 1980).

Entiende que la decisión ha efectuado una errónea y absurda aplicación e interpretación de dichas disposiciones; que la actora no tenía la guarda del menor al momento del traslado, sino que estaba en cabeza de la abuela materna. Añade que, debido a la enfermedad de adicción a las drogas que la madre padecía y a su imposibilidad de hacerse cargo del niño, la señora A.H.C. consintió o prestó conformidad para que el menor se radicase con el recurrente en la Argentina. Agrega que en ejercicio de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad asumió la protección integral de su hijo por lo que no existió traslado ilegal ni retención ilícita.

5º) Que, por último, el recurrente señala que la decisión apelada no tomó en consideración el derecho de opinión del niño ya que fue R.M.H. quien expresó su voluntad de residir en Argentina, no obstante lo cual se hizo caso omiso a ello sin siquiera justificar los motivos de tal apartamiento a un derecho reconocido internacionalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

6º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible dado que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende sustentar en aquéllos (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

En tales condiciones, se ha señalado en reiteradas oportunidades que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 308:647; 318:1269;

330:2286 y 333:604 y 2396, entre otros).

7º) Que a los efectos de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar las siguientes circunstancias relevantes: la señora A.H.C. y el señor J.A.M.A. contrajeron matrimonio el 5 de noviembre de 1999 en Suiza donde el 11 de julio de 2000 nació el niño R.M.H. Al tiempo se trasladaron a vivir a España. El 17 de julio de 2005 el Juzgado del Distrito Judicial I de Courtelary-Moutier-La Neuville (Suiza) dictó la sentencia de divorcio por la que se atribuyó la patria potestad del menor a su madre conforme lo habían acordado los progenitores. Ambas partes son contestes en señalar que se fijó un régimen de visitas a favor del padre.

Tras dicha ruptura matrimonial, el señor J.A.M.A. regresó a vivir a la República Argentina, radicándose en Villa Santa Cruz del Lago, provincia de Córdoba. En el mes de agosto de 2009 el progenitor viajó a España y, después de efectuar trámites de documentación para el niño, se trasladó con él a este país donde permanece hasta el día de la fecha. El 1º de julio de 2010, con posterioridad a haber efectuado una denuncia por no haber sido regresado el menor, la señora A.H.C. inició el pedido de restitución internacional de su hijo R.M.H. ante la Autoridad Central española de acuerdo con el procedimiento establecido por el CH 1980 (conf. fs. 4/6, 7/17, 21/23 y 28/30).

8º) Que habida cuenta de que el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de un niño a España que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980 corresponde, en primer lugar, tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por esta Corte Suprema respecto de dicha norma en los sucesivos supuestos análogos en los que ha debido intervenir (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 2396; 334:913, 1287 y 1445, y causa G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012).

No obstante ello, dadas las particularidades fácticas que presenta esta causa y los argumentos expresados por las partes en el proceso, resulta pertinente efectuar el examen de las cuestiones a la luz de los citados criterios que, se adelanta, conducirá a la confirmación del fallo apelado por las razones que se expresan a continuación.

9º) Que los agravios que se plantean respecto de la alegada omisión de considerar el interés superior del niño por parte de la corte local, resultan inadmisibles ya que el recurrente no aduce razones que permitan a esta Corte Suprema apartarse del criterio establecido en Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604.

10) Que en el caso no se encuentra controvertido por las partes que el lugar de residencia habitual del niño R.M.H. con anterioridad a su traslado a este país, a los efectos del CH 1980, era la ciudad de Terrassa, Barcelona, España, motivo por el cual corresponde determinar si en el caso existió el traslado o retención ilícita que requiere el mencionado convenio.

11) Que las críticas del recurrente vinculadas con la inexistencia de tal hipótesis no resultan conducentes para revocar la decisión adoptada por la corte local. En efecto, al margen de que la patria potestad se ejerciese en forma conjunta por ambos progenitores –art. 156 del Código Civil Español, conf. fs. 4/6 y 33/34– como se invoca en el pedido de restitución o estuviese en cabeza de la madre en forma exclusiva según la sentencia de divorcio que obra a fs. 24/31, ambas partes son contestes en que existió una autorización para que el padre efectuase el traslado, difiriendo en lo que respecta a si ésta contemplaba una fecha límite o no.

En la solicitud de restitución iniciada ante la Autoridad Central española se señala que la madre accedió a dar el permiso de viaje solo hasta el 20 de diciembre de 2009, y ante la falta de regreso a esa fecha, procedió a efectuar la correspondiente denuncia, agregada en fotocopia a fs. 32. Por su parte, al contestar demanda el progenitor señala que se le solicitó "...que el 20 de diciembre de 2009 lo regresara a España", mien-

tras que en su remedio federal sostiene que la actora consintió o prestó su conformidad para que el niño se radicase con él en la Argentina (conf. fs. 82 y 317 vta.).

Frente a la postura ambigua del recurrente, a la carencia de prueba documental que acredite la existencia de la citada autorización sin fecha de retorno y a que pesa sobre quien pretende evitar que el menor sea restituido la carga de probar dicha circunstancia que permita validar la situación que se encuentra cuestionada, lo que no ha ocurrido en el caso, solo cabe concluir que se está ante una retención ilícita del niño.

12) Que acreditada la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, corresponde examinar si se ha configurado la excepción que el señor J.A.M.A. invocó, consistente en el grave riesgo que correría su hijo de concretarse el reintegro ordenado por el a quo debido a la enfermedad que padece su progenitora (alcoholismo y adicción a las drogas; art. 13, inc. b, del CH 1980).

A tal fin, es menester tener en consideración que el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del convenio (conf. parágrafo nº 34 del Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Décimo Cuarto periodo de sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado).

La Corte Suprema ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980 (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604).

13) Que en tal sentido, en su remedio federal el padre de R.M.H. alega que de efectivizarse la restitución se derivaría una situación de peligro o perjuicio para aquél, debido a que sería obligado a permanecer solo bajo el cuidado de su abue-

la materna o de la madre que se encuentra todavía en tratamiento por toxicomanía y que aún no ha obtenido el alta médica. Destaca que el propio menor relata que vio a su madre querer agredirse con un cuchillo y tener él mismo pese a su corta edad que detenerla; refiere que la vio desnuda con otros hombres en su presencia y también pone de manifestó la situación de desamparo en la que se encontraba cuando permanecía a su cuidado.

Asimismo, el recurrente menciona que el niño se encuentra bajo tratamiento psicológico, que ya no padece enuresis y que se le ha brindado toda la contención emocional y psicológica que requería, además de que está perfectamente integrado a la familia paterna siendo "...antinatural y atentatorio del derecho a la vida y a una crianza plena que se lo obligue a vivir al niño en otro país donde no tiene familia ni persona mayor responsable que se ocupe de su persona...".

14) Que más allá de lo expresado por el señor J.A.M.A. para fundar la hipótesis de que el retorno del menor implicaría un "riesgo grave" para su persona, y teniendo en cuenta la apreciación rigurosa y prudente que debe efectuarse del material probatorio destinado a acreditarlo, de la compulsa del expediente no surgen pruebas determinantes que permitan hacer operativa la excepción invocada.

Ello por cuanto, la única constancia documental relacionada con la patología que denuncia el recurrente es un informe asistencial emitido por el servicio de toxicomanías de un hospital español (fs. 180), que da cuenta que la progenitora acudió a una visita de seguimiento en el mes de abril de 2011 y que en ese momento se hallaba sin tratamiento psicofarmacológico y con control de orina negativo a opiáceos y cocaína.

Las restantes referencias que se hacen en la causa respecto al consumo de drogas por parte de la señora A.H.C. solo pueden extraerse de los dichos del niño en todas las oportunidades en que fue entrevistado (fs. 213 y 234).

15) Que en lo que hace a la opinión del menor, esta

Corte ha señalado que en el marco del CH 1980, su ponderación no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, y que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual (conf. causa G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012).

16) Que teniendo en cuenta dicha inteligencia y que la excepción que hace referencia al grave riesgo solo procede, como ha interpretado este Tribunal, cuando el traslado le configuraría un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o la ruptura de la convivencia con uno de los padres, corresponde concluir que en el caso no se ha acreditado una verdadera oposición, entendida como un "repudio irredimible a regresar".

En efecto, la resistencia del niño a volver a España, según refieren sus dichos, se encuentra vinculada a las experiencias vividas durante su convivencia con la madre y a que en la actualidad se encuentra perfectamente adaptado a la vida junto a su padre, circunstancia esta última que no constituye un motivo autónomo de oposición (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:2396).

17) Que asimismo, no puede dejar de reiterarse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si me-

dió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 del CH 1980 y Fallos: 328:4511 y 333:604).

18) Que en tal sentido, no escapa al examen que se realiza la gravedad que puedan tener las declaraciones efectuadas por el demandado y referidas por el menor a profesionales que intervinieron en la causa en cuanto a la existencia de comportamientos inadecuados por parte de la madre durante la convivencia con su hijo, vinculados con su adicción a las drogas y al alcohol, circunstancia esta última que además se encuentra corroborada, en parte, por el informe médico que obra a fs. 180, del que surge que aquélla estaría bajo un tratamiento por toxicomanía.

Ahora bien, la decisión de restituir a R.M.H. a su lugar de residencia habitual con anterioridad al desplazamiento, poniendo de ese modo fin a una situación irregular, no implica resolver que el niño deberá retornar para convivir con su progenitora. La influencia que el citado comportamiento inadecuado pueda tener respecto de la custodia o guarda del niño, hace al mérito que es posible atribuir a la progenitora para ejercer dicha guarda, lo que como ya se ha señalado, no es materia de este proceso sino referida a las autoridades competentes del Estado de residencia habitual en donde deberá investigarse la cuestión.

19) Que asimismo cabe tener presente que, a los efectos del cumplimiento de la restitución ordenada por las instancias ordinaria y extraordinaria de la provincia de Córdoba y de evitar que los mencionados comportamientos inadecuados por parte de la madre del niño puedan afectarlo en alguna medida, el demandado J.A.M.A. no ha invocado -y, por ende, no ha probado- hallarse impedido para reingresar a España, ni ha demostrado la imposibilidad de viajar y vivir con su hijo en dicho país mientras se tramiten las acciones judiciales que considere pertinente promover a fin de obtener su tenencia.

20) Que con el objeto de lograr el cumplimiento de un retorno seguro del menor a su lugar de residencia habitual, esta

Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art. 7º del CH 1980 y Fallos: 334:1287 y 1445 y causa G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012).

En efecto, sobre la base de las Guías Prácticas del convenio, el Tribunal ha señalado, que tales obligaciones deberían implicar, entre otras cuestiones: a) la protección del bienestar del menor en el momento del retorno hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente;

b) el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social -que debe garantizarse al padre sustractor que desee acompañar a su hijo-, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente;

c) la implementación de "órdenes de retorno sin peligro" (safe return orders), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución, y

d) la ayuda para acudir a los tribunales locales lo más rápidamente posible (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, ptos. 3.18, 3.20, 4.23, 4.24 y 6.3, págs. 41/43, 60/61 y 79/80; Fallos: 334:1287 y 1445 y causa G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012).

21) Que habida cuenta de lo señalado y en virtud de lo expresado respecto de la existencia de comportamientos inadecuados por parte de la progenitora que promovió la presente res-

titución y las consecuencias que éstos podrían traer aparejadas respecto de la salud psicofísica del niño R.M.H., esta Corte entiende que corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos, deberá:

a) actuar coordinadamente con su par española en función preventiva -arbitrando los medios informativos, protectores y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester-, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal del niño y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesa y,

b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita del menor, dadas las particularidades que presenta el caso.

22) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño -que debe primar en este tipo de procesos- y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a los padres de R.M.H. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al juez de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello, y oídos la señora Procuradora Fiscal subrogante y el señor Defensor Oficial ante esta Corte, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Este Tribunal exhorta a los padres del menor y al Juzgado de Familia interviniente en la causa en la

forma indicada en este pronunciamiento. Notifíquese, comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina y devúlvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI

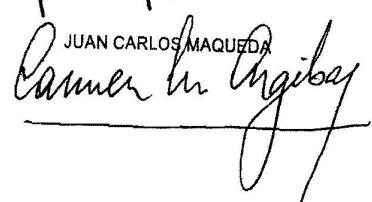
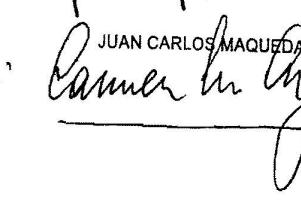


ELENAI HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT



E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 7° que encabezan este pronunciamiento a los que cabe remitir en razón de brevedad.

8°) Que habida cuenta de que en el sub lite se trata un pedido de restitución internacional de un niño a España, que se encuentra regido por las pautas establecidas en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH 1980), y sin perjuicio de los criterios interpretativos que, al respecto, ha señalado esta Corte

Suprema en cuanto atiende a la aplicación de la citada convención (conf. Fallos: 328:4511; 333:604; 334:913, 1287 y 1445), las particularidades fácticas que presenta este caso, las constancias probatorias, los argumentos y posturas expuestas por las partes en el proceso constituyen un elemento de relevancia que cabe ponderar con sujeción al principio del interés superior del niño de consumo con la directriz que establece el art. 13, inc. b, de la citada convención.

9º) Que, en tal sentido, cabe precisar que el lugar de residencia del niño R.M.H., con anterioridad a su traslado a este país, era la ciudad de Terrassa (Barcelona, España), por lo cual corresponde determinar, en primer término, si existió el traslado ilícito que requiere el CH 1980. Al respecto resulta necesario precisar que, si bien no ha sido incorporado en autos documento alguno que exteriorice los términos y condiciones concernientes a la autorización otorgada, para viajar a la República Argentina, por la progenitora que inició el pedido de restitución del menor, lo cierto es que ambas partes son contestes en que aquélla existió y tuvo por objeto que el padre efectuara dicho traslado.

10) Que, en las citadas condiciones, no puede establecerse concretamente que hubiese mediado una supeditación de dicha autorización al deber de restitución en un tiempo determinado, pues las manifestaciones realizadas por el padre del menor, al contestar la demanda (fs. 82, primer y segundo párrafo), no permiten concluir sin hesitación sobre la concurrencia de tal extremo.

En efecto, las expresiones referidas constituyen una explicación sucinta de lo sucedido, en un contexto que evidencia una complejidad cierta –según lo dicho en la citada foja–, en el que participaron no solo los progenitores, sino que surge la intervención de la abuela materna, en lo concerniente al aspecto en cuestión, quien habría promovido una solicitud en relación a la fecha de retorno –obsérvese en particular la mención respecto del estado en que se encontraba la madre–. Es decir, en tanto

los términos de ese relato no permiten inferir indubitablemente la concurrencia del extremo en cuestión, a fin de desentrañar las circunstancias propias de la referida autorización corresponde atender, por un lado, a los hechos que dieron lugar al traslado del menor y, por el otro, a aquellos que acontecieron con posterioridad, de acuerdo a los elementos de convicción que obran en autos. Esa indagación, a más de resultar procedente en razón de las especialísimas circunstancias que fueron señaladas y de la orfandad probatoria instrumental que se aprecia en la postura adoptada en autos por los progenitores, se encuentra motivada en que esa carencia también puede advertirse en la comunicación enviada por la Autoridad Central española en la medida en que, en cuanto hace a dicho extremo, se limita a reproducir las manifestaciones de la madre del menor, sin aportar constancia alguna demostrativa de los términos de la autorización exhibida a las autoridades migratorias de dicho país, en el momento en que se efectuaron los trámites correspondientes, para que el menor pudiese viajar con destino a la República Argentina.

11) Que, a su vez, dicho estudio resulta indispensable pues así lo impone la directriz contenida, de modo genérico, en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues el principio basilar en el que se apoya esa norma, "el interés superior del niño", no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (conf. Fallos: 330:642, considerando 3º). Al respecto, mediando argumentos encontrados en relación a las circunstancias que dieron lugar al viaje de R.M.H., de acuerdo a las manifestaciones vertidas en autos por cada uno de los progenitores (a fs. 81/81 vta., el padre, y a fs. 206 vta., primer párrafo, la madre mediante su representación letrada (—ver fs. 40—), deben considerarse aquellas que denotan lo acontecido en la vida del menor en ese contexto. A tal fin, siendo que aquél, en la citada oportunidad, tenía 9 años de edad y por ende cursaba la escolaridad primaria obligatoria, en principio y de modo particular, cabe considerar un dato relevante que la estrechez cognoscitiva del informe obrante a fs. 179 no exteriori-

za. De acuerdo a la "ORDRE EDU/228", del 14 mayo de 2008, y la "ORDRE EDU/263", del 19 de mayo de 2009, publicadas en el "Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya"¹, el periodo de vacaciones se extendió desde el 24 de junio hasta el 13 de setiembre de 2009, ambas fechas incluidas, por lo cual resulta poco creíble la versión de la progenitora en punto a que el otorgamiento de la autorización tuvo por objeto que el menor pudiese pasar una temporada con su padre entre el 5 de agosto y el 20 de diciembre de dicho año, pues ello habría importado la falta de concurrencia a la institución escolar entre el 14 de setiembre hasta 20 de diciembre, es decir un espacio de tiempo relevante para el calendario escolar establecido en las normas regulatorias referidas, máxime cuando no ha mediado explicación que, tomando en cuenta la extensión de la ausencia en territorio español, justifique la pérdida que ocasionaría a R.M.H. esa inasistencia. Ello permite apreciar que la afirmación de la madre resulta inconsciente, frente a las circunstancias comprobadas que indican la situación en que se encontraba el menor a la época de formalizarse el traslado, de acuerdo a lo que resulta del acta obrante a fs. 213, labrada en ocasión de celebrarse la audiencia del día 10 de noviembre de 2010, cuando el menor tenía 10 años de edad y expresó que: "su mamá no se portó bien con él, que su mamá hacía muchas cosas feas, que una vez se quiso suicidarse frente a él con un cuchillo en la panza, se acostaba con otros hombres, él no tenía habitación propia y tenía que dormir en el sofá del living, que no quiere ver a su mamá, que no quiere volver a verla, quiere que lo dejen tranquilo viviendo con su papá. Que si a él lo vuelven a España él se va a escapar porque no quiere ir allá. Que en España siempre estaba en el bar de su abuela porque ella lo iba a buscar y ahí comía mucha grasa y engordaba, que su abuela es muy nerviosa y enseguida le pegaba. Que su mamá lo llamó la semana pasada por tel. y él no quería escucharla hasta que tuvo que atender el teléfono porque su mamá insistía y le comenzó a hablar en francés y a llorar y él no le entendía nada entonces le cortó. Que él está bien viviendo con su papá y no se quiere ir a ningún lado... Que terminado el acto...firma el menor

que se expresa con mucha elocuencia".

Tales manifestaciones resultan consistentes con lo expuesto, en la declaración de fs. 165/167, por la médica especialista en psiquiatría infantojuvenil María Berta Sosa, quien además de reconocer la firma y contenido de los informes obrantes a fs. 63/67, ante las preguntas formuladas, exteriorizó diversos comentarios que R.M.H. le efectuó, en las distintas oportunidades en que concurrió, a fin de realizar -a pedido del padre- una evaluación psíquica, y su opinión científica al respecto. En efecto, del informe médico psiquiátrico de fs. 63/65, fechado el 15 de octubre de 2009, por ende cercano al traslado del menor a la República Argentina, surge que la especialista referida efectuó diversas entrevistas individuales con el niño, ocasiones en las que utilizó, además, "test proyectivos: H.T.P (casa, árbol, persona), T.F.K. (test familia kinético), Test Desiderativo, Test Persona bajo la lluvia", y expone que aquél le manifestó: "estar viviendo una situación por demás difícil en relación a la convivencia con su madre, derivada del frecuente consumo de alcohol y 'pastillas' por parte de ésta", a su vez la declarante consideró que: "Las frecuentes e intensas borracheras de ella, lo colocan en un estado de impotencia y desprotección. En ocasiones por ejemplo no tiene quien le prepare su comida debiendo valerse por sí mismo, o bien quedarse sin comer" y que R.M.H. presenció situaciones límite "como intentos de suicidio de su madre y la ha visto en estados degradantes, cuando es visitada por hombres con quienes se emborracha y exponen su desnudez". Asimismo, en relación a la situación de que se trata, a tenor de la pregunta tercera (fs. 165 vta.) atestiguó que: "la situación era de desprotección sobre todo por los cuadros frecuentes del estado de alcoholización de la madre, yo le pregunté cuántos días a la semana se alcoholizaba y tomaba pastillas decía él y creo que me respondió 5 días de 7 la madre se encontraba alcoholizada, relataba incluso que él debía cachetearla, quedaba inconsciente, como desmayada y el menor le tiraba agua...era cotidiano para el niño verla en ese estado". Además, al responder a las preguntas formuladas por los letrados de ambas partes,

relativas a lo visto por el menor respecto de las situaciones de desnudez (fs. 166), señaló que le dijo: "que la solía ver dormía con ella en la cama grande o a veces en un sillón cuando su mamá venía con alguien dijo que un día la vio, y estaba un tío (es decir un hombre que él no conocía) con todo el chocho (es decir refiriéndose a las partes íntimas) al aire"..."que los vio al hombre y a la madre desnudos y ella alcoholizada sin poder darse cuenta de la situación acostados, estaban sin precauciones como mostrándose".

12) Que las circunstancias mencionadas en el considerando anterior ilustran el acaecimiento de un entorno de situación que resta verosimilitud a la motivación del viaje invocada por la madre, con una finalidad de visita o de simples vacaciones, pues además de no ajustarse el plazo de alegado regreso con el periodo de receso escolar en el territorio de residencia del menor, según se ha visto, tampoco condice con las previsiones que dicho viaje requería en orden a la carencia de todo tipo de documentación de identidad del menor, a tal punto que el progenitor debió concurrir ante el Consulado General de la República Argentina en Barcelona, con el objeto de que se realizaran gestiones ante el Registro Civil Central de Madrid para la obtención de la partida de nacimiento de R.M.H. y con tal instrumento proceder a la tramitación del D.N.I. español y, después, del pasaporte (fs. 160). Esta apreciación permite considerar que el referido traslado fue motivado por otras causas que, por sus implicancias, hacían que el niño no pudiese ser contenido y asistido en sus necesidades vitales, es decir que se encontraba en serio riesgo su integridad psicofísica y que, en defecto de la progenitora, la abuela materna no se encontraba en condiciones de hacerlo, por lo cual la solución a la que se acudió en la encrucijada fue la que en definitiva aconteció, esto es el viaje a la República Argentina. A tal conclusión también puede arribarse a partir de la lectura del informe asistencial obrante a fs. 180, en la medida en que expresa el estado de salud de la madre al 6/4/2011 (más de un año y medio después de los hechos reseñados).

dos en el considerando 11 y el presente) y señala que "...acude a visita de seguimiento. En estos momentos sin tratamiento psico-farmacológico y realiza un control de orina que es negativo a opiáceos y cocaína" (el resultado no se encuentra en el texto original), pues estas acotadas referencias ante un requerimiento de mayor amplitud como el que resulta del oficio de fs. 114/115 (solicitud sobre la internación de A.H.C para ser sometida a tratamiento de desintoxicación y rehabilitación de sustancias psicotrópicas y estupefacientes...y remisión de la historia clínica debidamente legalizada), como antecedente, indican la existencia de una conducta nociva derivada de la adicción que requirió su tratamiento, cuya entidad, duración y prognosis evolutiva no fue informada.

13) Que la entidad de la situación reseñada, como fue señalado, impide aseverar que el tiempo de permanencia del menor en la República Argentina fue concreta y formalmente determinado. Ahora bien, no obstante que tal circunstancia no resulta sustento idóneo para habilitar, *per se*, la hipótesis de un cambio de residencia de carácter definitivo consentido, no cabe soslayarla en cuanto hace a su incidencia en relación al principio y la directriz citadas en el considerando 8º de la presente.

14) Que, en dicha dirección, cabe ponderar lo que surge del informe elaborado en fecha cercana al traslado del menor (15/10/09), de acuerdo a la evaluación realizada por la doctora Sosa (fs. 64/65), donde fue expresado que: "Su estado anímico se encuentra afectado, reconoce sentirse enfadado con su madre y también temeroso por su futuro. Anhela trasladarse a Argentina y residir aquí con su padre, pero teme la reacción de su madre y las consecuencias de esta reacción en él. En el material proyectivo administrado se visualiza claramente la situación conflictiva con su madre (se niega a dibujarla y refiere: está perdida), su actitud de vigilancia, tendiente al control de elementos hostiles, desconfianza en su entorno, por momentos, desaliento y depresión. Como mecanismo de defensa utiliza predominantemente la negación, hay una tendencia a negar las presiones y conflictos del medio. (No dibuja la lluvia en el Test de per-

sona bajo la lluvia). De este modo logra sobrellevar las adversidades manteniendo una integridad yoica, claro que a costa de una sobre adaptación. R...presenta las características que James Cocores describe en su 'Co-Addition: a silent epidemic': hijos de adictos que se auto exigen, adultificándose precozmente, debiendo pese a su corta edad comportarse como padres de sus padres, interviniendo o mediatisando las relaciones de sus padres con las demandas del mundo externo. Asumiendo responsabilidades por ellos, encubriendo y protegiendo al adicto. Se sienten heridos, deprimidos, con sentimientos de soledad, enojados, frustrados y hasta culpables". A su vez, no cabe omitir, que la mencionada médica especialista en psiquiatría infantojuvenil concluyó ese informe expresando que R.M.H. "se encuentra en una situación grave, de riesgo para su desarrollo psíquico emocional", y "que consideró "necesaria la inmediata separación de este ambiente nocivo para el niño", en referencia a los padecimientos que soportó durante su residencia en Barcelona. El informe de fs. 66/67 ilustra la entidad de los sufrimientos y sus consecuencias sobre el menor, pues permite apreciar no solo su estado un año después, sino la trascendencia de las condiciones que lo afectaron, en cuanto si bien se señala que "en el momento actual se muestra como un niño saludable, alegre, comunicativo. Ha mejorado notablemente su desarrollo pondero-estatural, habiendo desaparecido el sobrepeso de un año atrás", también se expone que "No obstante la sensación de vulnerabilidad se hace presente cuando se menciona cualquier hecho que pueda significar la posibilidad de regresar a la convivencia con su madre. Aparece entonces la angustia ante el riesgo de perder la estabilidad obtenida. Lo expresado precedentemente revela hasta qué punto fue afectado emocionalmente el menor. Es necesario continuar el proceso de recuperación iniciado. El retornar a la situación previa de convivencia con su madre pone en riesgo el desarrollo psicofísico del niño y las previsibles consecuencias en su vida ulterior".

15) Que en tanto los informes referidos se sustentaron en las manifestaciones vertidas por el niño y la evaluación que la doctora Sosa realizó, cabe ponderar a su vez aquello que

ésta declaró al responder a la repregunta efectuada, por el asesor letrado de la progenitora, respecto de la sinceridad de los relatos de aquél (fs. 165 vta.), en cuanto afirmó: "...ESTE CHICO NO MENTÍA, NO ME PARECIÓ PRESIONADO, ME PARECIÓ QUE HABLABA ESPONTÁNEAMENTE, LE TOMÉ MUCHOS TEST PARA VER LOS ASPECTOS INCONSCIENTES NO SÓLO LOS MANIFIESTOS Y DE AHÍ CONCLUÍ QUE EL MENOR NO MENTÍA, UNO DE LOS TEST ES EL DIBUJO DE LA FLIA. KINÉTICA QUE REVELA LAS IDENTIFICACIONES CON LOS MIEMBROS DE SU FAMILIA LOS AFECTOS, LAS RELACIONES, COMO VALORA, PERCIBE IDENTIFICA A CADA MIEMBRO DE LA FAMILIA Y EL AHÍ SE PUSO REALMENTE MAL, NO LA PUDO DIBUJAR A LA MADRE, LA TACHO, DIJO NO, NO, NO QUIERO SABER NADA DE ELLA ESTA PERDIDA. LA TACHO TODA" (la escritura en mayúsculas se encuentra en el original). Además, cabe agregar que en la respuesta a la pregunta cuarta (fs. 166), relativa a las manifestaciones del menor respecto de la posibilidad de regresar bajo el cuidado de su madre, declaró que: "no no quería volver con la madre. - además expresaba que para él la comida es algo muy importante, no tenía quien le preparara de comer, él se preparaba unos bocadillos solo y si no nada y él se preparaba la comida solo, o bien iba a comer a lo de la abuela, no la recordaba a su mamá en esas funciones como madre nutricia como madre protectora" y al tiempo de responder a la pregunta octava (fs. 166 vta.) formuló una aclaración del siguiente tenor: "LO VI MUY ANSIOSO EL NENE CUANDO LLEGABA, SE RESFREGABA LAS MANOS SE HACIA SONAR LOS DEDOS, NO TENÍA HÁBITOS DE HIGIENE INCORPORADOS, TENÍA COSAS DE MORTIFICARSE EL CUERPO QUE ES CARACTERÍSTICO DE STRES DE LOS HIJOS DE ALCOHOLISTAS, PORQUE ÉL NO ESTABA TRISTE ES UN CHIQUITO SOBRE ADAPTADO, FUNCIONABA COMO ADULTO EN LOS CONTROLES QUE TENÍA QUE HACER EN SU CASA ALLÁ Y TENÍA EPISODIOS DE ENURESIS SE HACIA PIS EN LA CAMA..." (la escritura en mayúsculas está en el original).

16) Que los elementos de convicción reseñados determinan que el presente caso tiene particularidades que lo distinguen nítidamente de otras situaciones. En efecto: durante un periodo cuya extensión no puede precisarse con exactitud debido a lo escaso de la información dada por el instituto asistencial

(fs. 180), pero que en cualquier caso se descarta la hipótesis de una situación meramente ocasional, el menor ya a los nueve años de su vida ha sufrido un trato de extremo abandono que, por acción o por omisión, virtualmente configura un maltrato importante y que, por sí mismo, dado el sufrimiento que ha implicado, es altamente lesivo de las condiciones de salud mínimamente necesarias para garantizar una evolución psíquica dentro de parámetros normales. Más aún, ignoramos las secuelas imborrables que la fijación de esas condiciones pueden haber dejado en el menor y hasta qué punto pueden comprometer o dificultar su vida futura, lo que por cierto no puede descartarse, teniendo en cuenta todo lo probado en autos; más bien induce a pensar que existe una fuerte presunción al respecto. A su vez, se observa en el sub lite que al Estado Español le ha pasado inadvertida esa circunstancia y que en momento alguno ha tomado los recaudos para interrumpirla o para remediarla, ya sea por vía administrativa o judicial, aunque cabe presumir que R.M.H. debe haber pasado por momentos en que el Estado ejerce un mínimo control (escuela, hospital, etc.), pues un estado de abandono de tal gravedad que se traduce en claro maltrato, con consecuencias incluso para su salud física, no fue notado por autoridad local alguna, ni siquiera escolar, al punto que el niño no tenía documentación propia y fue necesario tramitarla para posibilitar su viaje a la República Argentina, máxime cuando el informe agregado a fs. 179 (proveniente de la *Escola Les Arenes*) exhibe una absoluta marginalidad en relación al acontecer descripto, al reflejar un contenido literal claramente elusivo al respecto.

17) Que, por cierto, conforme los principios que rigen en la materia, el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño –aprobada por la ley 23.849–, dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran “estar profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”; que no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas

propenden a la protección del citado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho (*Fallos*: 318:1269; 328:4511 y 333:604); también resulta indispensable el examen respecto de la configuración de alguna de las excepciones a las que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, que alegadas por el progenitor, obstarían a la solución adoptada por el a quo.

Para afrontar ese estudio no cabe omitir que ambos Estados, requirente y requerido, deben haber actuado con sujeción al respeto del interés superior del niño, que en todo momento es presupuesto para el ejercicio de la competencia atribuida en razón del lugar donde el menor residía con anterioridad al traslado y, en este sentido, resulta en extremo dudoso que el Estado requirente haya cumplido con dicho presupuesto, puesto que no ha atendido elementales diligencias de observación y protección del propio niño, o sea, con su elemental deber de velar por la salud y la integridad física y psíquica de éste, cuando resulta claro que alguien está maltratando a un niño y que son observables por la Administración, principalmente porque el maltrato fue de una entidad y gravedad que provocó consecuencias irresueltas sobre la persona de R.M.H., al punto que según resulta del acta de fs. 235, en la cual la licenciada Nora Newell, psicóloga del Equipo Técnico de la sede judicial interviniente, manifiesta que: "el niño se muestra colaborador, siendo su discurso lúcido y coherente, resuelto de manera consciente y con cierto aplomo respecto de las decisiones que toma, adoptando una postura propia de niños de mayor edad (madurez), angustiándose notoriamente cuando se abordaban temas relacionados a su progenitora y frente a la posibilidad de ser restituído a la misma en España. No se advierte una marcada influencia adulta en las manifestaciones de sus necesidades, justificando su permanencia junto a su padre en diversas dificultades y conflictos que habría sufrido cuando vivía con su madre, las cuales relata de ma-

nera espontánea, evidenciando malestar al recordarlas, temiendo revivir tales circunstancias". En consecuencia, siendo que en el sub examine surgen elementos relevantes de excepción, que aparecen ignorados por el Estado requirente, en tanto no tomaron ninguna intervención en un caso de abandono de semejante gravedad y su solicitud se limita a exteriorizar el pedido de la guardadora, que es precisamente la que, por su enfermedad o incapacidad, ha resultado claramente la causante de la producción de semejante daño, resulta propio a las facultades del Estado requerido velar por el principio del interés superior del niño (prius jurídico proclamado por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), en la medida en que sobre este principio reposa la presunción, de la que parte el CH 1980, de que el bienestar de aquél se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto del desplazamiento o de retención ilícitos, pues si bien es cierto que su mejor interés importa el cese de la vía de hecho, en orden a que la víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, también prevé que esa presunción queda sujeta a la inexistencia de ciertas circunstancias reguladas en el texto convencional.

18) Que, en efecto, en el caso no se trata de la mera invocación genérica del beneficio del niño, por el contrario la actitud indiferente frente a un abandono en límite de maltrato grave, no observado por ninguna autoridad hasta el extremo de que careciese de documentación y, para colmo, con el claro objetivo de que vuelva a convivir con la causante de su abandono grave, sin que importe cuál puede ser el daño que aquél sufra por reactualizar las vivencias traumáticas y dolorosas de su infancia, cuando contaba nueve años, más cuando actualmente tiene doce años y, por ende, se aproxima a una etapa crítica de su evolución, resultan circunstancias relevantes que deben ser atendidas por el Estado requerido en los términos del art. 13, inc. b, de la CH 1980. Al respecto, si bien la señora Procuradora Fiscal subrogante, previo a dictaminar, sugirió la conveniencia de practicar evaluaciones socio ambientales de la actora y su grupo familiar y psicodiagnóstica del menor y el requerimien-

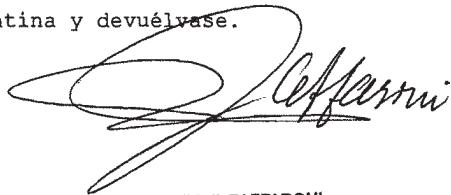
to de informes sobre los antecedentes hospitalarios de la progenitora, con expresa indicación de su diagnóstico y pronóstico, lo que denota la seria posibilidad de que el retorno al medio en que pasó los primeros nueve años de su vida y en el que sufrió las graves consecuencias con que llegó al país, le reactualice sus anteriores padecimientos pudiendo provocar un daño mayor en su salud psíquica. No obstante, el estado calamitoso en que el niño llegó al país no hace necesarios tales estudios, pues cualquier lego está en condiciones de valorar que no es admisible que se corra semejante riesgo, ante la gravedad de las vivencias pasadas. Huelgan los estudios frente a la obviedad: un niño maltratado no puede ser devuelto a quien ocasionó ese maltrato, solo porque lo reclame la Autoridad Central del Estado en cuyo territorio tuvo efecto el maltratamiento.

19) Que, en consonancia con las consideraciones hasta aquí expuestas y los hechos comprobados en la causa, R.M.H. presenta un extremo de perturbación emocional que excede al que, ordinariamente, resultaría de la ruptura de la situación de arraigo en el país donde fue trasladado, frente a la posibilidad que podría ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente, aun cuando el desplazamiento fuese conflictivo, pues es claro que existe un grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico subsumible en la previsión del art. 13, inc. b, primer párrafo, del CH 1980. Esta afirmación, lejos de afincarse en la situación de estabilidad lograda a partir del traslado, según indican las constancias probatorias examinadas, se apoya en la entidad del padecer que sufrió el niño, que dejó huellas imborrables, al punto en que no se ha podido receptar alguna manifestación de su parte que indique el deseo de ver a su madre o que la eche de menos. Por el contrario, las constancias reseñadas informan que, lejos de sentir la falta del contacto con aquélla, se **angustia notoriamente** (el resaltado no se encuentra en la cita) cuando se la menciona frente a la posibilidad de un regreso a España, ya con once años de edad, (conf. evaluación de la licenciada Newell, citada en el

considerando 17), situación que también fue acreditada respecto de las reiteradas oportunidades en que fue tratado por la doctora Sosa (ver considerandos 14 y 15).

20) Que, por último, no cabe soslayar que a los doce años la voluntad del niño no puede ignorarse por completo, ni mucho menos, y en el caso R.M.H. no solo lo expresó repetidamente, sino que esas manifestaciones las sustentó en los sufrimientos pasados a raíz de la convivencia con su progenitora al justificar "su permanencia junto a su padre en diversas dificultades y conflictos que habría sufrido cuando vivía con su madre" (fs. 235), circunstancia que había sido expresada en las distintas ocasiones en que fue evaluado por la declarante en fs. 165/168, testimonio que no fue objeto de cuestionamiento. Es decir que existe por parte del menor un evidente rechazo a regresarse que, al sostenerse en los hechos que ocasionaron las lesiones de gravedad reseñadas, también hace operativa la eximente contemplada en el art. 13, inc. b, segundo párrafo, del CH 1980, en tanto responde a un conflicto férreo expuesto por el niño, respecto del cual las profesionales que lo evaluaron (Newell y Sosa) no advirtieron que hubiese sido objeto de manipulación en tal sentido.

Por ello, y oídos la señora Procuradora Fiscal subrogante y el señor Defensor Oficial ante esta Corte, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia, y se rechaza el pedido de restitución efectuado por la señora A.H.C. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina y devuélvase.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por J.A.M.A., patrocinado por el Dr. José Eduardo Araujo.

Traslado contestado por: María Esperanza Picotto - Asesora Letrada ad hoc en representación del menor R.M.H. y por Graciela Berta Gamboa Asesora letrada en representación de A.H.C.

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia -Sala Civil y Comercial- de la provincia de Córdoba.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Civil, Comer., Conc. y Familia de Villa Carlos Paz.

N.N. S/ RECURSO EXTRAORDINARIO

HABEAS CORPUS

Cabe declarar abstracto e inoficioso el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que había desestimado la acción de hábeas corpus colectivo incoado -que tenía como objeto hacer cesar el alojamiento en las comisarías dependientes de la Policía Federal Argentina con asiento en la CABA de menores de dieciocho años, por el período comprendido entre el momento en que son aprehendidos hasta que el juez de la causa dispone su soltura o su alojamiento en el instituto correspondiente, por ser contraria al corpus juris internacional en materia de derechos de los jóvenes en conflicto con la ley penal-, en virtud de haber cesado el alojamiento transitorio en tales dependencias, con motivo de la puesta en funcionamiento del "Centro de Admisión y Derivación de Adolescentes Presuntos Infractores de la Ley Penal".

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Veintiuno de febrero de 2013.

Vistos los autos: "N.N. s/ recurso de casación".

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, confirmó el rechazo, dispuesto en las instancias anteriores, de la acción de hábeas corpus colectivo presentada por el presidente de la Fundación Sur Argentina, Dr. Emilio García Méndez. Contra aquel pronunciamiento, la mencionada Fundación interpuso el recurso extraordinario de fs. 535/556 que, luego de ser sustanciado, fue concedido a fs. 582.

2º) Que de las constancias de la causa surge que la acción de hábeas corpus en trato tenía como objeto que cesara, por ser contrario al *corpus juris* internacional en materia de derechos de los jóvenes en conflicto con la ley penal, el alojamiento en las comisarías dependientes de la Policía Federal Argentina con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los menores de dieciocho años, por el breve periodo que comprende el momento en que son aprehendidos por las fuerzas de prevención por la presunta infracción a la ley penal, hasta que el juez de la causa dispone su soltura o bien su alojamiento en el instituto correspondiente. Para el accionante, este alojamiento en comisarías devenía en ilegítimo no solo en razón de ser contrario a los estándares internacionales que, entiende, lo proscribirían de plano, sino porque, además, éste no satisfacería los requisitos de especialidad que rigen la ejecución de esta detención, y por los que se debía resguardar tanto la separación de menores de edad de los adultos como que su supervisión estuviera a cargo de personal calificado con capacitación en la materia el que, además, no podría estar armado (cf. fs. 1/89). En consecuencia, luego de sostener que "una de las formas en que el Estado debe asumir su posición de garante... es justamente garantizando un dispositivo especializado de alojamiento de niños, niñas y adolescentes, con personal especializado que sustituya la actual práctica de alojamiento en dependencias policiales de adultos con personal de las fuerzas de seguridad" (cf. fs. 84/84 vta.), en el petitorio, solicitó se hiciera lugar a la acción y se ordenara la "proscripción de toda privación de libertad en dependencias policiales -por implicar un ilegítimo agravamiento de las condiciones de detención- de niños, niñas y adolescentes a quienes se les impute un hecho de competencia de la justicia Nacional de Menores" (cf. fs. 89/89 vta.).

3º) Que esta acción fue rechazada en primera y segunda instancia con fundamento en que, más allá de que estaba en vías de implementación el centro de alojamiento especializado que pondría fin a la práctica denunciada, ésta no implicaba un agravamiento de las condiciones de detención de estos jóvenes,

en la medida que se llevaba a cabo en determinadas comisarías metropolitanas con separación de los adultos y bajo la supervisión de un funcionario policial capacitado, con funciones de celador, que no portaba armas.

4º) Que el tribunal a quo rechazó, por mayoría, el recurso de casación interpuesto por el accionante por valorar, de modo preponderante, que era inminente la puesta en funcionamiento de un centro específico para el alojamiento de estos menores, cuya construcción fuera ordenada y coordinada por el Ministerio de Seguridad de la Nación y la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, por lo que, sin perjuicio de lo resuelto, encomendó a esta última el estricto cumplimiento de los plazos acordados para que, en un término de ciento veinte días, el centro en cuestión estuviera en funcionamiento y, asimismo, puso al Ministerio de Seguridad de la Nación en conocimiento de lo resuelto.

5º) Que en el recurso extraordinario, que fuera concedido, el recurrente se agravió por entender que se convalidó, respecto de los jóvenes alojados en las comisarías sujetos a la jurisdicción nacional y federal, un trato desigualitario respecto de sus pares sujetos a la jurisdicción metropolitana, que si cuentan con un centro de alojamiento adecuado y también porque, a su modo de ver, arbitrariedad mediante, lo resuelto implicó tanto desnaturalizar la acción de hábeas corpus como vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva por lo que, siempre desde su perspectiva y con cita de los precedentes "Verbitsky" y "Rivera Vaca" (Fallos: 328:1146 y 332:2544), sostuvo que en la medida que se reconoció que existía una vulneración a los derechos de los niños y adolescentes alojados en estas comisarías, se debió haber ordenado que esa práctica cesara y también haber mantenido abierta la jurisdicción para asegurar que efectivamente se pusiera en funcionamiento el centro específico para su alojamiento.

6º) Que, desde antiguo, tiene dicho esta Corte que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias dadas cuando

se dictan, aunque aquellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:1070; 311:787, 1810 y 2131; 318:625; 320:875, 2603; 328:3996; 329:1898 y sus citas; 330:2046, 4030). Ello, pues la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la del poder de juzgar (Fallos: 315:466; 327:2656, 4830).

7º) Que como resultado de las medidas para mejor proveer ordenadas por el Tribunal, se encuentran agregados a fs. 600/623 del expediente los informes brindados por el Ministerio de Seguridad de la Nación y la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social (SENAF), de los que se constata que con motivo del dictado, con fecha 22 de junio de 2012, de la Orden del Día Interna nº 114 y de la resolución 927 del SENAFA, desde el 25 de junio del mismo año ha cesado el alojamiento transitorio en el ámbito de las dependencias policiales de los menores de dieciocho años de edad que motivara la acción de hábeas corpus colectivo de cuyo rechazo se agraviara el recurrente.

En este sentido, cabe resaltar que de los citados informes resulta que, a partir de esa fecha, este alojamiento se debe materializar en un dispositivo específico denominado "Centro de Admisión y Derivación de Adolescentes Presuntos Infractores de la Ley Penal", que ha sido puesto en funcionamiento a tal efecto en virtud del pertinente convenio de cooperación formalizado entre los citados organismos. Por su parte, del anexo de la resolución 927 del SENAFA se desprende que en dicho centro los jóvenes serán alojados por un plazo máximo de doce horas, que queda garantizada en dicho lugar la presencia permanente de personal especializado del SENAFA y que, una vez que los menores de edad sean allí trasladados por las fuerzas de seguridad, serán llevados al sector de alojamiento que estará bajo la exclusiva administración y dependencia del citado personal, el que deberá, además, acompañarlo en toda diligencia posterior, sin perjuicio de la intervención del personal de las fuerzas de seguridad.

8º) Que corrido traslado al apelante de dicha documentación a fin de que se expidiera sobre la subsistencia de los agravios incoados, el Presidente de la Fundación Sur Argentina manifestó que de ésta surgiría que habría cesado la detención de menores en las comisarías pero, no obstante ello, sostuvo que su pretensión no había devenido abstracta ya que "...de los informes adjuntados en el expediente no se desprende el modo, tiempo, lugar y condiciones en virtud de las cuales se llevan a cabo las detenciones de las personas menores de edad acusadas por la presunta comisión de un ilícito de competencia nacional. [...] esta parte entiende que se debe mantener la jurisdicción abierta dado que sólo así se permite la constatación y evaluación de las condiciones de detención del colectivo amparado, a fin de determinar si efectivamente ha cesado la vulneración de los derechos" (fs. 627/631).

9º) Que este Tribunal entiende que, en razón de la normativa sobreviniente antes citada, las cuestiones sometidas a su decisión en el recurso extraordinario se han tornado abstractas.

En efecto, no debe perderse de vista que la acción en examen se circunscribió, exclusivamente, a obtener el cese de la práctica institucional de alojar en dependencias policiales a niñas, niños y adolescentes menores de edad, que son detenidos en virtud del inicio de causas penales en las que interviene la Justicia Nacional de Menores (confr. 77/77 vta.) y que fue sobre tal petición que se expidieron los magistrados de las instancias anteriores (confr. fs. 179, 292, 503/503 vta.).

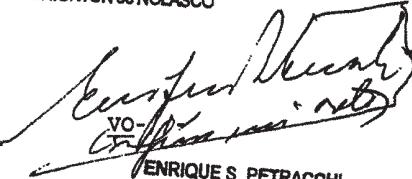
En razón de ello, y atento a que de la reseña efectuada en los considerandos precedentes se verifica que con la puesta en funcionamiento del dispositivo cesó la práctica que el accionante tachara de ilegítima en la acción del hábeas corpus, debe concluirse no solo que la pretensión perseguida en la presente acción ya se ha visto concretada sino; también que, ante este cuadro de situación, deviene inoficioso que esta Corte analice los agravios formulados por el apelante en el recurso ex-

traordinario por los que sostuviera que el tribunal a quo debió haber ordenado que esa práctica cesara y mantenido abierta la jurisdicción para asegurar que efectivamente se pusiera en funcionamiento dicho centro.

En esta linea, corresponde señalar, en virtud de los argumentos vertidos por el apelante en su presentación de fs. 627/631, que los eventuales cuestionamientos relativos a si el nuevo dispositivo se ajusta fielmente a lo previsto en el *corpus juris* internacional en materia de condiciones de detención de los menores de edad, en tanto ajenos por definición a los concretos agravios formulados tanto en la acción de *hábeas corpus* como en el recurso extraordinario, deberán, en todo caso, ser planteados ante la instancia competente en el marco de un proceso en el que se discuta, con la debida sustanciación de prueba y resguardo del contradictorio, el análisis de los extremos de hecho y de derecho que a juicio del recurrente podrían verse involucrados.

Por ello, se declara que las cuestiones sometidas a decisión del Tribunal se han tornado abstractas e inoficioso un pronunciamiento a su respecto. Costas por su orden en virtud de los fundamentos de la presente (art. 68, segunda parte, del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.


RICARDO LUIS LORENZETTI
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO
CARLOS S. FAYT
ENRIQUE S. PETRACCHI
JUAN CARLOS MAQUEDA

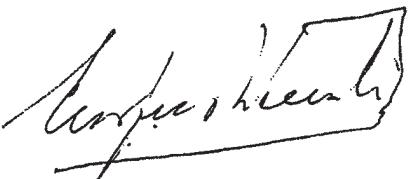
EN SOBRA FIEL CERTIFICABA
POR SECRERIA - DE JURISPRUDENCIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

-///-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima el recurso interpuesto Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.


ENRIQUE S. PETRACCHI

Recurso extraordinario interpuesto por Emilio García Mández (Presidente de la Fundación Sur Argentina), con el patrocinio letrado de la Dra. Jimena Soledad Núñez y de la Dra. Laura Rodríguez.

Traslado contestado por el Dr. Raúl Omar Plaé, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Ministerio de Desarrollo social, representado por el Dr. Ernesto Martín Navarro, y al Estado Nacional - Ministerio de Seguridad de la Nación, representado por el Dr. Claudio Martín Gómez.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Casación Penal, Sala II.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II y Sala VI y Juzgado Criminal de Instucción nº 26.

PEREZ ORTEGA, LAURA FERNANDA C/ HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION S/ EMPLEO PÚBLICO

EMPLEO PUBLICO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la acción que perseguía la declaración de nulidad de la resolución del Presidente de la Cámara de Diputados que revocó la designación de la peticionaria en un cargo de planta permanente porque no cumplía el requisito de ser argentina -exigido en el art. 7º, inc. d, de la ley 22.140- para el ingreso a la Administración Pública Nacional, pues, al declarar desierta la apelación interpuesta por la actora, el a quo no solo incurrió en excesivo rigor formal en la manera de apreciar la técnica del recurso interpuesto, sino que omitió pronunciarse sobre cuestiones federales oportunamente introducidas y sobradamente conducentes para la resolución del caso, como es el planteo de inconstitucionalidad del art. 7º, inc. d, de la ley 22.140, y que la actora consideró contrario a los arts. 14, 14 bis, 16, 20 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

ACTOS DISCRIMINATORIOS

El art. 7º, inc. d, de la ley 22.140, que exige el requisito de la nacionalidad a fin de ingresar a la Administración Pública Nacional, resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en éstos casos.

ACTOS DISCRIMINATORIOS

La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción superen el aludido test (Disidencia parcial de los jueces Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

A fs. 357/358, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la demanda interpuesta por Laura Fernanda Pérez Ortega contra la H. Cámara de Diputados de la Nación, a fin de obtener una indemnización por cesantía incausada.

Para así resolver sostuvo, en primer término, que no se encontraban cumplidos los requisitos previstos en el art. 265 de CPCCN, dado que la apelación bajo examen no se había presentado como una crítica concreta y razonada de la sentencia recurrida, requisito que no era sustituible con una mera discrepancia del criterio juzgador, sino que implicaba el estudio de los razonamientos de aquél, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas.

Sin perjuicio de lo expuesto, destacó seguidamente:

1.- que el hecho de que en la resolución atacada se citase una norma cronológicamente posterior a su cese, en nada había afectado el derecho de defensa de la actora, atento a la identidad del objeto regulado y de los sujetos destinatarios entre el art. 7º, inc. d) de la ley 22.140 y el art. 5º, inc. a) de la ley 24.600.

2.- que la aseveración de la jueza de que no medió una excepción expresa que permitiera su designación válida, no había sido debidamente controvertida por la actora y que, por el contrario, las afirmaciones que realizó sobre el punto no hicieron más que privar de sustento a su tesis de que la dispensa del requisito de la nacionalidad podía ser tácita.

3.- que tampoco se verificó en el caso, lo que la actora denominó “cosa juzgada administrativa”. Refirió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Almagro” (sentencia del 17/02/1998), interpretando los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, sostuvo que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede adminis-

trativa del acto regular previstas en el art. 18 —entre ellas, *el conocimiento del vicio por el interesado* — eran igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17 primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituiría una solución razonable ni valiosa. Agregó que una correcta hermenéutica del pronunciamiento y de las normas citadas, sumada a la expresa previsión del art. 9º) de la ley 22.140 —“Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 7º y 8º, o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualesquiera sea el tiempo transcurrido...”— daban por tierra con la argumentación de la recurrente.

4.- que la demandante no logró demostrar el error de la juez de grado en cuanto sostuvo que si consideraba inconstitucional la previsión del art. 7º, inc. d) de la ley 22.140 —o art. 5º, inc. a) de la ley 24.600— debió haberla impugnado al inicio de la relación. Por tal razón, acotó, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal — El sometimiento voluntario sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación con base constitucional toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta dellberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz” (Fallos: 328:100; 328:470; 327:290; 326:2675; 326:417, entre otros)— y dado que la actora no había apoyado elementos críticos que permitieran variar el criterio pacífico y reiterado de la doctrina judicial citada. Su planteo al respecto no podía tener favorable recepción.

Concluyó que, en esas condiciones, correspondía declarar desierta la apelación en los términos del art. 266 del código de rito.

II

Disconforme, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs 361/379, que —denegado por la Cámara (fs. 394)— dio lugar a la presentación directa que trae el asunto a conocimiento de V.E.

Alegó, básicamente, que la sentencia del tribunal era arbitraria toda vez que: a) afirmó dogmáticamente que la apelación de su parte no constituía una crítica concreta y razonada contra la sentencia de la anterior instan-

cia; b) no tuvo en cuenta que, en el legajo a su ingreso, dejó constancia de su nacionalidad española; c) consideró que por haberse sometido voluntariamente a un régimen durante diecinueve años, no podía ampararse en la presunta inconstitucionalidad del art. 7º, inc. d) de la ley 22.140; d) no entendió verificado en el *sub lite* un caso de “cosa juzgada administrativa” y e) sostuvo que la errónea invocación de la norma que causa su cesantía no le produjo perjuicio.

III

En mi opinión, el recurso deducido no evidencia ningún hecho que pueda revertir el principio reiteradamente admitido por V.E. en cuanto a que las cuestiones de derecho común y procesal no son revisables por el Tribunal.

En efecto la Corte ha establecido reiteradamente que son cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario lo atinente al alcance que corresponde dar al recurso interpuesto por los apelantes y a la expresión de agravios vertida para fundamentar las apelaciones interpuestas, en particular cuando la decisión cuenta con fundamentos suficientes que le confieren base jurídica y descartan la tacha de arbitrariedad (doctrina de Fallos 323:1699 y sus citas).

Ha manifestado V.E. al respecto, que incumbe a los magistrados ordinarios determinar el alcance de las presentaciones efectuadas, facultad cuyo ejercicio no está sujeto a revisión en la instancia extraordinaria salvo manifiesta arbitrariedad (doctrina de Fallos: 323:1699).

IV

Así las cosas, considero que V.E. debería rechazar la presente queja.

Buenos Aires, 29 de octubre de 2010.

LAURA MERCEDES MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de febrero de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que había rechazado la acción interpuesta que perseguía la declaración de nulidad de la Resolución 544/03 del Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación y la correspondiente indemnización por despido incausado. La resolución impugnada revocó la designación de la peticionaria en un cargo de planta permanente, porque no cumplía el requisito de ser argentina, exigido en el artículo 7º, inc. d, de la ley 22.140 para el ingreso a la Administración Pública Nacional.

Contra tal pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que, para fundar su decisión, la cámara consideró que la apelación contra la sentencia de primera instancia debía ser declarada desierta porque en ella la apelante no se hacía cargo debidamente de los fundamentos del pronunciamiento impugnado. Sostuvo, en lo que interesa, que no había rebatido en forma adecuada el argumento según el cual, si la actora consideraba inconstitucional el artículo 7º, inc. d, de la ley 22.140, tendría que haberlo impugnado al inicio de la relación de empleo público porque, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su ulterior impugnación.

3º) Que el Tribunal ha expresado repetidamente que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribu-

nal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo cuando lo decidido revela un excesivo rigor formal susceptible de frustrar el derecho federal invocado en el caso (*Fallos: 298:11; 302:1669; 303:1929; 324:176; 326:1382, 2414; 327:3166; entre otros*).

A juicio de esta Corte, en las presentes actuaciones concurren los supuestos de excepción que permiten revisar la sentencia apelada. En efecto, el escrito de apelación de la actora –cuya copia obra a fs. 327/345 vta.– constituye una crítica concreta y razonada, en los términos del artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De su simple lectura resulta que la apelante no solo refutó todos y cada uno de los fundamentos dados por el juez de primera instancia, sino que presentó argumentos conducentes, concretos y razonados, que no fueron evaluados por el tribunal. En particular, la actora confutó el fundamento relativo al sometimiento voluntario. Al respecto, sostuvo que no era admisible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de actos propios a casos como el presente, porque en una relación laboral resultaría irrazonable y desproporcionado exigir al empleado que, al iniciar el vínculo, analizara toda la normativa relativa al empleo público y la cuestionara. Por otra parte, manifestó que no inició anteriormente la acción simplemente porque antes de su separación del cargo no tenía perjuicio alguno.

En consecuencia, el fallo apelado no solo trasunta un excesivo rigor formal en la manera de apreciar la técnica del recurso interpuesto, sino que omite pronunciarse sobre cuestiones federales oportunamente introducidas y sobradamente conducentes para la resolución del caso, como es el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7º, inciso d, de la ley 22.140, que exige un requisito de nacionalidad, que la actora considera contrario a los artículos 14, 14 bis, 16, 20 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (*Fallos: 329:997 y 330:3582, entre muchos otros*).

Cabe concluir, pues, que el a quo calificó la apelación de la actora como desierta en forma dogmática y arbitraria, por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido, por carecer de la indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de la causa (Fallos: 324:1301, 2966; 328:3067, entre otros).

4º) Que, sentado ello, cabe señalar que si el pleito involucra cuestiones de naturaleza federal –tal como ocurre en el sub examine– la decisión del a quo que impide, con manifiesto exceso ritual, el tratamiento en la segunda instancia de los agravios que plantea la apelante en tal sentido, importa un pronunciamiento implícito contrario a las pretensiones de aquélla (Fallos: 188:482; 190:50). Por tal motivo, esta Corte queda habilitada para tratar las cuestiones federales debatidas en la causa (doctrina de Fallos: 324:488).

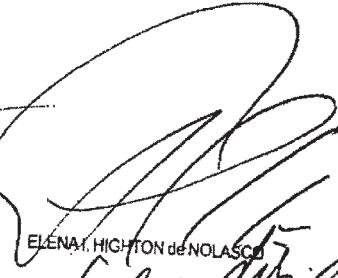
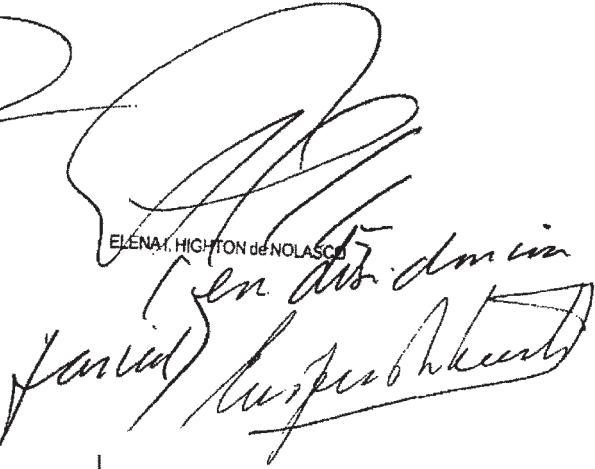
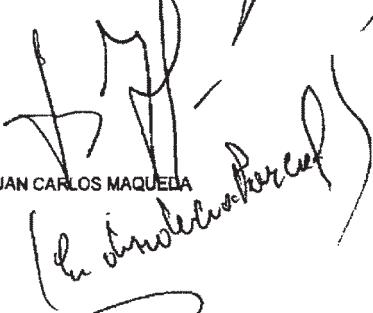
5º) Que, así, cabe pronunciarse sobre el agravio relativo a la aplicación al caso de la doctrina del sometimiento voluntario. Al respecto, asiste razón a la apelante en cuanto alega que los precedentes de esta Corte citados por el a quo en este punto no resultan aplicables a supuestos como el sub examen. Ello es así, pues el Tribunal ha precisado que no resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132). Asimismo, cabe destacar que la litis está entrañablemente ligada al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al principio protectorio que éste enuncia y al carácter inviolable de los derechos que reconoce, lo cual conduce necesariamente a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo "en todas sus formas", vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado.

6º) Que, por otra parte, es indudable la procedencia del agravio relativo a que el artículo 7º, inciso d, de la ley

22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos. En este punto, las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en los precedentes "Calvo y Pesini, Rocio c/ Córdoba, Provincia de" y "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 321:194 y 329:2986), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Así se declara.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento sobre

el pedido de indemnización. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.


RICARDO LUIS LORENZETTI
CARLOS S. FAYT
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO
ENRIQUE S. PETRACCHI
JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-/-/-


E. RAÚL ZAFFARONI

-5-

-/-DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la acción interpuesta con el fin de obtener la declaración de nulidad de la resolución 544/03 del Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación por la que se había revocado la designación de la actora en su cargo de planta permanente con fundamento en que no cumplía con el re-

quisito de nacionalidad previsto en el artículo 7º, inc. d de la ley 22.140 para el ingreso a la Administración Pública Nacional. Conjuntamente la actora peticionó la indemnización por el despido incausado.

Contra tal pronunciamiento, la demandante interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la presente queja.

2º) Que, para fundar su decisión, el a quo consideró que la apelación contra la sentencia de primera instancia debía ser declarada desierta porque en ella la apelante no se hacía debidamente cargo de los fundamentos del pronunciamiento impugnado. En particular, sostuvo que no había rebatido en forma adecuada el argumento según el cual, si la actora consideraba inconstitucional el artículo 7º, inc. d de la ley 22.140, tendría que haberlo impugnado al inicio de la relación de empleo público porque, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su ulterior impugnación.

3º) Que este Tribunal ha expresado repetidamente que las resoluciones por las que se declara desierto un recurso ante el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo cuando lo decidido revela un excesivo rigor formal susceptible de frustrar el derecho federal invocado en el caso (Fallos: 298:11; 302:1669; 303:1929; 324:176; 326:1382, 2414; 327:3166; entre otros).

A juicio de esta Corte, en las presentes actuaciones concurren los supuestos de excepción que permiten revisar la sentencia apelada. En efecto, el escrito de apelación de la actora –cuya copia obra a fs. 327/345 vta.– constituye una crítica concreta y razonada, en los términos del artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De su simple lectura resulta que la apelante no solo refutó todos y cada uno de los fundamentos dados por el juez de primera instancia, sino que

presentó argumentos conducentes, concretos y razonados, que no fueron evaluados por el tribunal. En particular, confutó el fundamento relativo al sometimiento voluntario. Al respecto, sostuvo que no era admisible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de actos propios a casos como el presente, porque en una relación laboral resultaría irrazonable y desproporcionado exigir al empleado que, al iniciar el vínculo, analizara toda la normativa relativa al empleo público y la cuestionara. Por otra parte, manifestó que no inició anteriormente la acción simplemente porque hasta su separación del cargo carecía de perjuicio.

En consecuencia, la sentencia recurrida trasunta un excesivo rigor formal en la manera de apreciar la técnica del recurso interpuesto, a la vez que omite pronunciarse sobre cuestiones federales oportunamente introducidas y conducentes para la resolución del caso, como es el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7º, inciso d de la ley 22.140, que exige un requisito de nacionalidad, que la actora considera contrario a los artículos 14, 14 bis, 16, 20 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Corresponde concluir pues que el a quo calificó la apelación de la actora como desierta en forma dogmática y arbitraria (*Fallos: 324:1301, 2966; 328:3067, entre otros*).

4º) Que, sentado ello, cabe señalar que si el pleito involucra cuestiones de naturaleza federal –como ocurre en el caso– la decisión del a quo que impide, con manifiesto exceso ritual, el tratamiento en la segunda instancia de los agravios que plantea la apelante en tal sentido, importa un pronunciamiento implícito contrario a las pretensiones de aquélla (*Fallos: 188:482; 190:50*).

5º) Que, así, cabe pronunciarse sobre el agravio relativo a la aplicación al caso de la doctrina del sometimiento voluntario. Al respecto, asiste razón a la apelante en cuanto alega que los precedentes de esta Corte citados por el a quo en

este punto no resultan aplicables a supuestos como el sub examen. Ello es así, pues el Tribunal ha precisado que no resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132). Asimismo, cabe destacar que la litis está entrañablemente ligada al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al principio protectorio que éste enuncia y al carácter inviolable de los derechos que reconoce, lo cual conduce a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo "en todas sus formas", vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado.

6º) Que, por lo dicho, el a quo debió tratar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7º, inciso d de la ley 22.140, en el que se dispone que el ingreso a la Administración Pública Nacional se hará previa acreditación en la forma que determine la reglamentación –entre otras condiciones– de la nacionalidad argentina, debiendo los naturalizados tener más de cuatro años de ejercicio de la ciudadanía.

En ese sentido, cabe recordar que una problemática sustancialmente análoga fue resuelta en el caso "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", sentencia del 8 de agosto de 2006, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda (Fallos: 329:2986).

En aquella oportunidad se tuvo en consideración que la actora se postulaba para acceder a un cargo público (tal como sucede en el presente) y, sobre esa base, se concluyó que el artículo 20 de la Ley Fundamental no era la norma que regía el caso, en tanto en ella se establece que "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes (...)" . En el caso no estaba comprometido ninguno de los derechos civiles de la demandante sino que se hallaba en

juego el derecho de acceder -en el sub lite sería el de permanecer- en un empleo público.

Resultaba, en cambio, reguladora de la situación -conforme al precedente citado- la garantía consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional en tanto en ella se asegura que "todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad". Esta norma no establece una equiparación rígida, como la del artículo 20, sino que impone un principio genérico que no impide la existencia de diferencias legítimas. Como esta Corte lo ha dicho desde antaño, la igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (*Fallos*: 153:67, entre muchos otros). Por lo tanto, el ámbito de aplicación de esta igualdad admite gradaciones, apreciaciones de más o de menos, balance y ponderación, en tanto -claro está- no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos "habitantes de la Nación".

7º) Que, atento a las semejanzas con la causa invocada en el sub lite, la ponderación del requisito de la nacionalidad argentina para el acceso al empleo público nacional conduce al examen del artículo 16 citado en su relación con el principio de idoneidad. Por lo tanto, corresponde determinar si, en el caso concreto y evaluando las funciones que competen al cargo para el que fue designada la actora, la exigencia de ser argentina integraba el concepto de idoneidad y supera, por ello, el test de constitucionalidad.

Es dable poner énfasis en que ese examen remite a la distinción entre nacionales y extranjeros y no, como ha tenido oportunidad de valorar esta Corte en otros casos, entre ciudadanos que han adquirido su nacionalidad por origen o por opción (conf. "Hooft" *Fallos*: 327:5118). Por lo dicho, si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control, éste no coincide con el efectuado en ese precedente, en el que la discriminación

tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva insita su presunción de inconstitucionalidad (conf. "Gottschau" Fallos: 329:2986, cit.).

La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción superen el aludido test (conf. en este sentido artículo 23, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1º de la ley 23.592; y Fallos: 329:2986, voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, considerando 6º).

En ese marco, corresponde dirimir si la condición de argentino supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se accedió, con justificación suficiente entre el medio elegido y el fin perseguido por la norma, que debe representar algún interés estatal razonable.

A tal efecto debe atenderse a las circunstancias particulares de cada caso. En el presente, la señora Laura Fernanda Pérez Ortega fue designada como personal de Planta Permanente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación como categoría A 04 (resolución 443/89), y cumplía funciones administrativas y técnicas (ver declaración jurada de cargos y actividades) con diferentes diputados a lo largo de su carrera.

8º) Que en atención a todo lo expuesto se debe dejar sin efecto el decisorio impugnado y remitir los autos con el objeto de que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a las pautas que surgen de los considerandos precedentes.

Por lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja intentada, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia en cuanto fue materia de agravios. Las costas se imponen por su orden atento a las particulares circunstancias de la causa. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte

un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese,
agréguese la queja al principal y remítase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso de hecho interpuesto por Laura Fernanda Pérez Ortega, actora en autos, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los Dres. Enrique Paixao y José Pedro Bustos.

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 nº 8.

SEÑOR PROCURADOR GENERAL S/ ACUSACION C/DANIEL
ENRIQUE FREYTES - JUEZ DE INSTRUCCIÓN N°1 DE LA
CIUDAD DE PRESIDENCIA ROQUE SÁENZ PEÑA

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES

Cabe dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal local, que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local y dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento provincial que destituyó a un juez, pues frente a los claros y categóricos términos del mandato judicial contenido en el pronunciamiento anterior de la Corte Suprema (12/8/2008) -que admitió el recurso de queja-, que imponían la obligación de definir mediante una decisión fundada si, en el caso de autos, la integración del jurado de enjuiciamiento afectaba o no, la garantía de imparcialidad invocada por el magistrado enjuiciado a la luz de los precedentes a los que el Alto Tribunal había acordado particular relevancia, el a quo omitió nuevamente el tratamiento circunstanciado de la cuestión constitucional mencionada, clausurando ese examen con argumentos que no sostienen a la sentencia como acto judicial válido.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES

Cabe dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal local, que declaró inadmi-

sible el recurso de inconstitucionalidad local y dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento provincial que destituyó a un juez, pues desconoce lo decidido por la Corte Suprema en su anterior intervención (12/8/2008) -cuando impuso la obligación de definir mediante una decisión fundada si, en el caso de autos, la integración del jurado de enjuiciamiento afectaba o no, la garantía de imparcialidad invocada por el magistrado enjuiciado, a la luz de los precedentes a los que el Alto Tribunal había acordado particular relevancia-, dado que el a quo invoca precedentes que se refieren a situaciones inequívocamente extrañas a la de autos ("Nicolini" y "Mangiardini"), ya que, a diferencia de lo sucedido en aquéllas, la intervención del miembro del jurado recusado se relaciona con la intervención que le cupo como juez del superior tribunal durante una actuación sumarial, en que se valoraron y calificaron los mismos hechos por los cuales se encomendó al fiscal que formule la acusación, éste funcionario llevó a cabo dicho cometido y, finalmente, después fueron tenidos en cuenta para dictar la sentencia de destitución del magistrado.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES

Cabe desestimar la queja deducida por denegación del recurso extraordinario que pretendía la revisión de la sentencia del Superior Tribunal local, que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local y dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento provincial que destituyó a un juez, pues en el marco del juicio político que se examina, el afectado no ha logrado demostrar que la entidad del agravio que pregonó permita sortear el limitado margen de revisión que se admite en asuntos de esta naturaleza, máxime, cuando la pretensión del recurrente se asienta básicamente en la extrapolación de un criterio fijado en torno a un proceso penal regido por reglas que no guardan necesaria identidad con la naturaleza del régimen del juicio político de que se trata.

-Disidencia de los jueces Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda-.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES

Cabe desestimar la queja deducida por denegación del recurso extraordinario que pretendía la revisión de la sentencia del Superior Tribunal local, que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local y dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento provincial que destituyó a un juez, pues en el marco del juicio político que se examina, el afectado no ha logrado demostrar la invocada arbitrariedad de las afirmaciones del tribunal a quo, en punto a que habiéndose decidido la destitución por unanimidad, aún de aceptarse la recusación del miembro del jurado cuestionado, la pretensión del recurrente no modificada el resultado del juicio, ya que, por un lado, la ley local exigía el voto de los dos tercios de los integrantes del cuerpo para la validez del pronunciamiento y, por otro, que la intervención de aquel jurado no pudo formar opinión ya que la ley local no contemplaba ningún acto de deliberación para dictar la sentencia.

-Disidencia de los jueces Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda-.

dictamen de la procuración general

Suprema Corte:

- I -

A fs. 924/934 de los autos principales (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Corte Suprema, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco y ordenó que se dicte un nuevo pronunciamiento que dé una respuesta fundada a los planteos constitucionales introducidos por el magistrado destituido en el recurso extraordinario local (Fallos: 331:1784, en especial cons. 7º, del voto de la mayoría).

- II -

Devueltas las actuaciones a la sede de origen, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, integrado al efecto, rechazó el recurso de inconstitucionalidad que el ex magistrado había planteado contra la resolución del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados provincial por la que se dispuso removerlo de cargo de juez titular del Juzgado de Instrucción de la Primera Nominación de la Segunda Circunscripción, con asiento en la ciudad de Pte. Roque Sáenz Peña (fs. 987/1001).

Para resolver de este modo, en esencia, los integrantes del Superior Tribunal de Justicia local tomaron en cuenta los argumentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal que precedió a la sentencia de V.E. de fs. 924/934, así como la interpretación que le asignaron al precedente de Fallos: 332:1124.

A partir de tales pautas, desestimaron la denuncia de violación a la garantía de la imparcialidad, porque consideraron que el art. 2º de la ley local 188 fija en cinco votos el número mínimo para otorgar validez a la sentencia de destitución y porque la intervención del juez denunciado no pudo formar opinión ni influir en el resto del Jurado de Enjuiciamiento —como alegaba el recurrente—, por la interpretación que formularon de los arts. 23 y 25 de aquella ley, en cuanto regulan el trámite de emisión de los votos de los integrantes del jurado.

Con respecto a los agravios vinculados con la violación a la garantía de la defensa en juicio, los desestimaron porque entendieron que ellos fueron adecuadamente tratados por el Jurado de Enjuiciamiento, cuyos argumentos, además, dijeron compartir.

– III –

Disconforme con esta decisión, la defensa del ex juez dedujo el recurso extraordinario de fs. 1009/1030, cuya denegación dio origen a esta queja que trae nuevamente el asunto a conocimiento del Tribunal.

Sostiene, en sustancial síntesis, que en autos existe cuestión federal porque está en juego: 1) El alcance de la garantía del juez imparcial. Dice que esta garantía fue lesionada porque el Jurado de Enjuiciamiento estuvo integrado por un consejero (juez del Superior Tribunal de Justicia) que intervino en la etapa anterior al juicio, en la que ordenó la investigación contra el juez Freytes, en la que produjo prueba de cargo decisiva y en la que prejuzgó. 2) Se han lesionado las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, porque (a) el Jurado de Enjuiciamiento estuvo integrado en forma irregular, en concreto por no estar integrado en su totalidad en todas las audiencias; (b) porque el voto condenatorio de un consejero se emitió sin haber percibido toda la prueba y sin haber escuchado todos los argumentos de la defensa y (c) porque el fallo de destitución se apoya en prueba incriminatoria decisiva ilegal, ya que se produjo en la etapa previa al juicio por un órgano incompetente y sin control del acusado. 3) La arbitrariedad de la sentencia, pues resuelve contra el texto expreso de la ley, exhibe autocontradicción y se basa en fundamentos aparentes o afirmaciones dogmáticas.

Critica también los argumentos del Superior Tribunal de Justicia provincial por los que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la decisión que destituyó al juez Freytes, en particular los que surgen de la nueva intervención que tuvo como consecuencia de la sentencia del Tribunal de fs. 924/934.

- IV -

Ante todo, cabe señalar que, más allá de los términos empleados en el recurso extraordinario de fs. 1009/1030, lo sustancial de esta nueva presentación de la defensa del ex juez ante V.E. consiste en determinar si el pronunciamiento impugnado se aparta de la sentencia dictada por la Corte Suprema.

Desde esta perspectiva, es del caso recordar que, con arreglo a lo previsto en el art. 14 de la ley 48, siempre que esté en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en la misma causa, en que el recurrente funda el derecho que estima asistirle, se configura una hipótesis que hace formalmente viable el recurso extraordinario (doctrina de Fallos: 306:1195; 312:396; 324:3411; entre muchos otros).

No obstante, la procedencia sustancial de dicho recurso está supeditada a que la resolución impugnada consagre un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por la Corte (Fallos: 321:2114; 323:3068 y sus citas; 325:3389).

Al respecto, el Ministerio Público Fiscal ha sostenido en reiteradas ocasiones que cuando la cuestión planteada se centra en la inteligencia de un pronunciamiento anterior de V.E. dictado en la misma causa, son los integrantes de la Corte los que se encuentran en mejores condiciones para desentrañar el alcance de sus propios fallos (conf. dictámenes en los casos de Fallos: 324:3411; 325:2835; 327:4994; 333:1771, entre otros). Criterio que entiendo especialmente aplicable en situaciones como la de autos, toda vez que opinión de la Procuración General de fs. 921/923 —en la que se analizaron los agravios del apelante que ahora se vuelven a plantear— no fue compartida en la sentencia de fs. 924/934.

- V -

En tales términos, doy por contestada la vista que se confiere a este Ministerio Público y devuelvo los autos al Tribunal.

Buenos Aires, 9 de mayo de 2011.

LAURA MERCEDES MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Veintitrés de febrero de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Defensa de Daniel Enrique Freytes en la causa Señor Procurador General s/ acusación c/ Daniel Enrique Freytes - Juez de Instrucción N° 1 de la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local, dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento que, con fecha 16 de mayo de 2003, destituyó al doctor Daniel Enrique Freytes del cargo de juez de instrucción de la primera nominación de la segunda circunscripción, con asiento en la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña, provincia del Chaco (fs. 587/599).

2º) Que contra dicho pronunciamiento el afectado interpuso recurso extraordinario federal, cuya desestimación dio lugar a la presentación directa que fue declarada procedente por esta Corte (sentencia del 12 de agosto de 2008; fs. 924/934, publicado en Fallos: 331:1784).

En esta decisión el Tribunal, por mayoría, consideró que frente a la naturaleza y raigambre del planteo fundado en la violación de la garantía de juez imparcial, así como de su patente influencia sobre el resultado final del proceso en los términos de lo decidido por esta Corte en los precedentes "Shartes, Norma Beatriz c/ Herrera, Ramón Enrique y otros" y "Salvat, Miguel c/ Luis Solimeno e Hijos S.A." (Fallos: 316:1710 y 324:1211, y su cita), su desestimación por parte del superior tribunal con la afirmación de que constituía una mera reedición de cuestiones introducidas con anterioridad y de que el desarrollo "luce vacuo e inconsistente", no sostenía constitucionalmen-

te el pronunciamiento.

Asimismo, la Corte señaló en aquella oportunidad que la intervención del superior tribunal mediante un pronunciamiento constitucionalmente sostenible es indeclinable cuando se plantean sobre bases serias y fundadas cuestiones *prima facie* de naturaleza federal, como es en el caso la configurada por la alegada violación de la garantía de juez imparcial; máxime, se subrayó, cuando desde el conocido precedente "Penjerek, Norma Mirta", del 14 de noviembre de 1963 (Fallos: 257:132) esa garantía cuenta con anclaje constitucional en el derecho al debido proceso reconocido en el art. 18 de la Ley Suprema.

Igualmente, en la sentencia se destacó que a ese más elevado grado de tutela se agregaba, con particular relevancia, que en un pronunciamiento reciente esta Corte fijó el nuevo contorno que cabe asignar a la garantía de imparcialidad para aquellos procesos penales en que en la integración del tribunal de juicio participe quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, en otra instancia de la misma causa ("Llerena", fallada el 17 de mayo de 2005, Fallos: 328:1491), doctrina que ulteriormente fue federalizada al ser extendida, como una de las garantías mínimas de la administración de justicia, a los procesos radicados en sede provincial ("Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés", fallada el 8 de agosto de 2006, Fallos: 329:3034).

Sobre tales bases, el Tribunal privó de validez al fallo recurrido como acto jurisdiccional constitucionalmente sostenible y mandó dictar un nuevo pronunciamiento, a fin de que el superior tribunal local dé una respuesta fundada a los planteos constitucionales aludidos.

3º) Que, ante el reenvío ordenado, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco rechazó nuevamente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el ex magistrado contra la resolución que lo había destituido de su cargo, reite-

rando su decisión anterior de desestimar el agravio al derecho de defensa en juicio invocado por el recurrente con sustento en la violación a la garantía de juez imparcial (fs. 987/1001).

4º) Que, para resolver de este modo, el superior tribunal comenzó por expresar que adhería a los argumentos invocados en el dictamen del señor Procurador Fiscal que precedió a la sentencia de este Tribunal (fs. 921/923, punto IV), los que procedió a reproducir, en cuanto a que aun cuando pudiese prosperar el agravio fundado en el supuesto prejuzgamiento del integrante del jurado, ello no modificaría el resultado de la causa, ya que el art. 2º de la ley local 188 fijaba en cinco votos el número mínimo para otorgar validez a la sentencia de destitución, de modo que aun cuando el doctor Molina no hubiese intervenido en la decisión final impugnada -tomada por el voto unánime de los siete integrantes- habría sido igualmente adoptada con el mínimo requerido para su validez.

De modo concorde, en la sentencia también se expresó que se compartían los fundamentos que sostenían el voto minoritario del señor Juez Juan Carlos Maqueda correspondiente al fallo de esta Corte, con respecto a que el recurrente no había demostrado en forma nítida, inequívoca y concluyente que las causales de recusación de los integrantes del órgano político controlador aparecían como un arbitrio inadecuado a las exigencias del buen funcionamiento de los poderes públicos y a la naturaleza de la responsabilidad del funcionario sujeto a control (Fallos: 314:1723); y que el apelante, según afirmó el voto mencionado, tampoco había señalado de qué modo la integración del jurado lo había perjudicado en el resultado final del enjuiciamiento, dado que todos los miembros habían votado por la destitución del magistrado, de manera que tal agravio no se sustentaba en que su relevancia para la solución del caso hubiese sido suficiente para hacer variar la suerte de la causa.

En el pronunciamiento se argumentó, asimismo, que a similar conclusión que la propiciada en la nueva sentencia había arribado la Corte Suprema al fallar en el caso "Leiva" (Fallos:

332:1124), cuando para rechazar el planteo del enjuiciado sobre la irregular integración del jurado -por no haber sido sustituido un miembro excusado con su suplente-, se afirmó que "...los textos normativos en cuestión nada disponen sobre la exigencia de un quórum calificado del jurado en oportunidad de fallar, limitándose las disposiciones en juego a establecer únicamente una mayoría especial de seis (6) votos concurrentes para disponer la remoción, recaudo cuyo cumplimiento en la deliberación en que fue dictada la sentencia destitutoria no es desconocido por el recurrente...".

Agregó el tribunal a quo que la intervención del doctor Eduardo Omar Molina en el Jurado de Enjuiciamiento no pudo formar opinión, es decir contaminar el criterio de sus colegas, pues el art. 23 de la ley 188 dispone que finalizada la audiencia oral y pública se realizará una sesión solo con el objeto de establecer el orden en que, por un sorteo, los miembros del jurado emitirán sus votos, sin contemplar ningún acto de deliberación entre sus integrantes en ese estadio del juicio; y el art. 25 del mismo texto, en coherencia con ese postulado de independencia de criterio de cada uno de los miembros, puntualmente indica que "El voto será fundado por escrito en el orden establecido por sorteo. No está permitido adherirse al voto precedente, a menos que se expresen las razones que fundamenten la adhesión...".

Asimismo, en la sentencia se sostuvo que si bien es cierto que la Corte Suprema, al anular el fallo anterior dictado en esta causa, invocó expresamente la doctrina de los precedentes "Llerena" y "Dieser" citados, también lo era que el Tribunal, en sucesivos fallos, fue precisando una más ajustada interpretación en torno a dicha doctrina que, en el caso, diluye la trascendencia de la participación que le cupo al jurado Eduardo Omar Molina. Ello era así, pues según dos pronunciamientos de esta Corte -que citó- eran inadmisibles las recusaciones fundadas en la intervención de los jueces en decisiones anteriores

propias de sus funciones legales; no cualquier intervención judicial anterior pone en crisis la imparcialidad llamada objetiva, sino aquella que se traduzca en el ejercicio progresivo de diferentes funciones judiciales a lo largo de una causa, de modo que serían las circunstancias concretas del caso las que –en definitiva– determinen si se halla o no comprometida esa garantía; y, por último, que en el caso "Mongiardini, Renzo y otros" (Fallos: 331:1744) la Corte Suprema había descartado la afectación de dicha garantía, al precisar que lo resuelto acerca de la libertad de los encausados con anterioridad al fallo, no implicaba comprometerse con la posición del Fiscal y la defensa para resolver en definitiva el caso.

En base a todos estos conceptos, el tribunal provincial concluyó que el voto del Juez Eduardo Omar Molina, emitido en la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento, no podía incidir de ningún modo en el resultado final del enjuiciamiento, en función del número de consejeros de ese órgano constitucional que se expedieron en igual sentido, de modo que en cualquier caso se excedía el mínimo exigible para la destitución. Además, si bien era innegable la participación de Molina en las actuaciones iniciadas ante el Superior Tribunal del Chaco, también lo era que hoy se podía afirmar que no cualquier intervención como tal afecta el principio del juez imparcial y, más aún, cuando la ley 188 de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia del Chaco, imponía determinadas pautas destinadas a mantener incólume la independencia de criterio de cada uno de los integrantes del jurado.

5º) Que frente a ese pronunciamiento, la defensa del ex juez interpuso el recurso extraordinario de fs. 1009/1030, en que trae nuevamente el asunto a conocimiento del Tribunal promoviendo el examen de cuestiones que, en sustancia, reproducen los planteos invocados en su presentación anterior y que hacen pie en que, no obstante lo resuelto por esta Corte en su sentencia y lo expresamente ordenado respecto del fundado tratamiento que debía darse a los agravios federales invocados en el recurso lo-

cal, con el nuevo pronunciamiento se mantienen incólumes las graves y patentes violaciones a la garantía constitucional de defensa en juicio en que se incurrió durante la tramitación del enjuiciamiento público que concluyó con su destitución.

6º) Que la señora Procuradora Fiscal señala en su dictamen que, más allá de los términos empleados en el recurso extraordinario de fs. 1009/1030 del principal, lo sustancial de esta nueva presentación de la defensa del ex juez Freytes consiste en determinar si el pronunciamiento impugnado se apartó, o no, de lo decidido por este Tribunal en la sentencia que descalificó el pronunciamiento anterior del tribunal local y le ordenó dictar un nuevo fallo con arreglo a lo resuelto.

Desde esta perspectiva, recordó que el Ministerio Público Fiscal ha sostenido en reiteradas ocasiones que cuando la cuestión planteada se centra en la inteligencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal dictado en la misma causa, son los integrantes de la Corte los que se encuentran en mejores condiciones para desentrañar el alcance de sus propios fallos; criterio que consideró especialmente aplicable en situaciones como la de autos, toda vez que la opinión de la Procuración General de fs. 921/923 –en la que se analizaron diversos agravios del apelante que ahora se vuelven a plantear y se dictaminó porque se rechazara el recurso– no fue compartida en la aludida sentencia de fs. 924/934 (dictamen de fs. 64/65 de la queja).

7º) Que el recurso es procedente pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia del art. 14 de la ley 48 cuando, como sucede en el sub lite, la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal y desconoce, en lo esencial, aquella decisión (Fallos: 327:4994; 331:379; 332:58 y 2414; causa M.426.XLII “Mendizábal de Etchart, Edita c/ Kenny, Aldo Federico”, sentencia del 18 de noviembre de 2008, entre muchos otros).

8º) Que, en efecto, frente a los claros y categóricos términos del mandato judicial contenidos en el pronunciamiento del 12 de agosto de 2008, que ineludiblemente imponían la obligación de definir mediante una decisión fundada si, en el caso de autos, la integración del jurado de enjuiciamiento afectaba, o no, la garantía de imparcialidad invocada por el magistrado enjuiciado a la luz de los precedentes a los que la Corte Suprema había acordado particular relevancia, el tribunal a quo omitió nuevamente el tratamiento circunstanciado de la cuestión constitucional mencionada, clausurando ese examen con argumentos que no sostienen a la sentencia como acto judicial válido.

9º) Que, en efecto, por un lado resultan manifiestamente inocuas para fundar la sentencia las remisiones efectuadas a los argumentos que sostuvieron el dictamen del señor Procurador Fiscal, en oportunidad del primer recurso extraordinario, y al desarrollo del voto disidente del juez Maqueda en dicha sentencia, en la medida en que el tribunal a quo soslaya que dichas opiniones concordantes –en cuanto a que la intervención del doctor Molina en el jurado era una cuestión inconducente para alterar el resultado final del caso– no fue la posición tomada por el Tribunal en su sentencia descalificatoria que, por el contrario, consideró que el planteo constitucional acerca de la indebida integración del doctor Molina en el jurado era portador de "...patente influencia sobre el resultado final del proceso" (considerando 5º).

El carácter determinante de la cuestión federal cuyo tratamiento había omitido el tribunal local en su primera intervención –y se desconoce en esta segunda actuación– para definir la suerte final del enjuiciamiento, fue subrayado en la sentencia de esta Corte de fs. 924/934 con la cita de dos precedentes (registrados en Fallos: 316:1710 y 324:1211), en que concorde-mente fueron anuladas sendas sentencias de tribunales inferiores correspondientes a casos en que, como denominador común, habían intervenido en las decisiones impugnadas magistrados que estaban inhabilitados para hacerlo –por haber sido recusados o estar ex-

cusados- infringiéndose de este modo la garantía de defensa en juicio, de la que en la opinión del Tribunal en aquellos fallos deriva el instituto de la recusación, y el principio de imparcialidad.

10) Que por las razones expresadas es igualmente insostenible otro argumento invocado en el fallo en su intento de demostrar que la integración del jurado no era definitoria en punto a la destitución, que se pretende fundar en la solución tomada por esta Corte en el caso "Leiva", citado.

A ello se agrega que la situación examinada en dicho asunto carece de toda analogía con la juzgada en las presentes actuaciones, pues el planteo federal que se hizo en "Leiva" fue que en la integración del jurado que destituyó al enjuiciado no había participado el reemplazante del miembro que se había excusado, impugnación que fue desestimada por la Corte con fundamentos que se sostuvieron en la interpretación de la ley federal 24.937 y el reglamento procesal del jurado, disposiciones que carecen de toda relación con el planteo constitucional formulado en el sub lite, pues aquellos textos se limitan a regular la mayoría especial de votos concurrentes que es necesaria para disponer la remoción de jueces federales (considerando 7º) .

11) Que bajo igual condición es también objetable el argumento del tribunal que, para descartar toda incidencia de la intervención del doctor Molina, invoca una disposición de la ley de enjuiciamiento local en cuanto veda al jurado llevar a cabo todo acto de deliberación para fallar y contempla que dicho órgano debe realizar una sesión solo para establecer, por sorteo, el orden en que los miembros habrán de emitir sus votos (ley 188, art. 23).

Además, el texto normativo que se dice aplicar no contiene la restricción que, asumiendo la condición de legislador, le incorpora el tribunal a quo al adicionar el adverbio "solo", en la medida en que la disposición de que se trata úni-

camente prevé que el jurado, tras los alegatos, "...en sesión reservada, se establecerá por sorteo el orden en que los miembros del jurado habrán de emitir sus votos quedando la causa en estado de sentencia".

De ahí, que es una afirmación inconcebible para una racional administración de justicia —en los términos del estándar establecido por esta Corte en "Estrada" (Fallos: 247:713) y reiterado, en su actual composición, en "Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007" (Fallos: 330:4797)— que el expresado sorteo sea el exclusivo objeto de la sesión ni, menos aún, que vede la deliberación entre los integrantes del jurado durante todo el periodo en que el asunto se encuentra para resolver, desde que el intercambio racional de ideas es connatural a todo cuerpo colegiado en las diversas etapas del proceso en que se toman decisiones y, sobremanera, la sentencia definitiva, al punto que este modo de proceder ha sido considerado como propio del estado de derecho y de la forma republicana de gobierno (Fallos: 308:2188, voto del juez Petracchi, considerando 11). Todo lo cual lleva a concluir que no pueda considerarse irrelevante, ni aun en el caso de haberse tomado la decisión por unanimidad, la intervención de un magistrado que se hallaba inhibido para entender en el acuerdo que concluyó en el dictado de la sentencia (Fallos: 321:2738).

Por último sobre este punto, cuando el tribunal a quo afirma que la sentencia destitutoria contaría con la cantidad mínima de votos exigidos por la ley para sostener su validez, aun cuando se excluyera el sufragio del juez Molina, esa aserción deja sin respuesta la decisiva circunstancia de que la supresión hipotética del voto del jurado teñido de parcialidad comprometería la validez de aquellos otros sufragios que, expresamente, se fundaron por medio de la adhesión a los argumentos y conclusiones dados por el integrante cuestionado.

12) Que, de otro lado, también se desconoce lo deci-

dido por esta Corte cuando en el fallo se invocan precedentes de este Tribunal que se refieren a situaciones inequivocamente extrañas a la de autos, como la de los casos "Nicolini, Jorge Carlos y otros" (Fallos: 329:909) y "Mongiardini" (citado con anterioridad).

Ello es así pues el asunto ventilado en el sub lite no se identifica ni guarda ninguna clase de analogía con aquellos supuestos que dieron lugar a los precedentes que la corte local utiliza para interpretar y, en definitiva, sortear la aplicación de la doctrina sentada en los casos "Llerena" y "Díeser" citados. En efecto, a diferencia de lo acontecido en aquellos casos, la intervención del miembro del jurado recusado se relaciona con la intervención que le cupo como juez del superior tribunal durante una actuación sumarial, en que se valoraron y calificaron los mismos hechos por los cuales se encomendó al fiscal que formule la acusación, este funcionario llevó a cabo dicho cometido y, finalmente, después fueron tenidos en cuenta para dictar la sentencia de destitución del magistrado.

13) Que la actitud del tribunal a quo resulta particularmente grave en tanto esa omisión de apreciar, en las circunstancias del caso, la intervención anterior tomada por un miembro del jurado, también podría entenderse, en definitiva, como un desconocimiento de los criterios sentados por la Corte Europea de Derechos Humanos, seguidos en este punto en conocidos precedentes de este Tribunal, según los cuales lo decisivo en materia de garantía de imparcialidad es establecer si, desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno, siguiendo el adagio *justice must not only be done: it must also be seen to be done* (casos "Delcourt vs. Bèlgica", 17/1/1970, serie A, nº 11 párr. 31; "De Cubber vs. Bèlgica", 16/10/1984, serie A, nº 86, párr. 24; entre otros); doctrina que fue inequivocadamente receptionada en los precedentes que dieron sustento al anterior pronun-

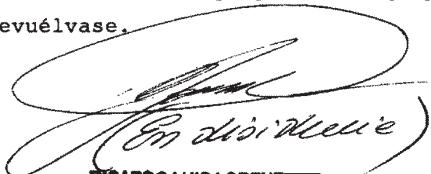
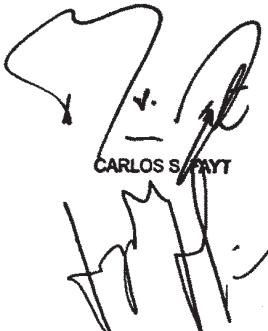
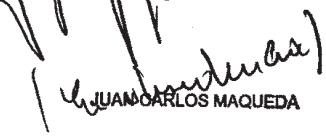
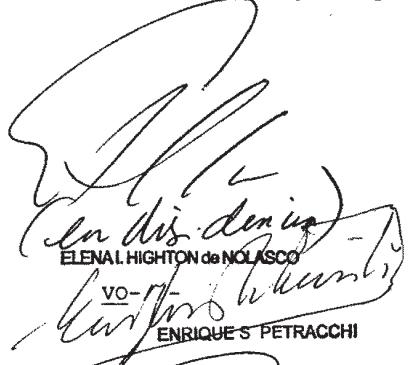
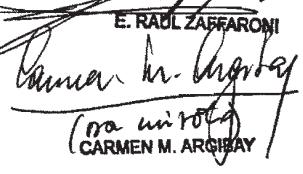
ciamiento de esta Corte en esta causa.

14) Que en las condiciones expresadas, cabe recordar lo declarado por esta Corte en reiterados precedentes y hasta su reciente pronunciamiento "Cisneros de Bau, Norma Beatriz c/ Telecom Argentina Stet France Telecom S.A." (Fallos: 332:2414), en cuanto a que sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 252:186; 255:119). Este principio, basado primeramente en la estabilidad propia de toda resolución firme de los tribunales de justicia (Fallos: 264:443), debe ser preservado con el mayor énfasis por este Tribunal, pues acertadas o no sus sentencias, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan (Fallos: 205:614; 307:468 y 1779; 312:2187).

De ahí, pues, que el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por esta Corte Suprema en el ejercicio de su jurisdicción, comporta lo conducente a hacerlas cumplir (Fallos: 147:149; 264:443), por lo que corresponde dejar sin efecto lo resuelto y ordenar que se dicte un nuevo pronunciamiento que decida la cuestión con arreglo a lo dispuesto por esta Corte en su sentencia anterior.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo

a lo resuelto. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.


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

-//TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de Chaco, al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local, dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento de la mencionada provincia que, con fecha 16 de mayo de 2003, destituyó al doctor Daniel Enrique Freytes del cargo de juez de instrucción de la primera nominación de la segunda circunscripción, con asiento en la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña (fs. 587/599).

2º) Que contra dicho pronunciamiento el afectado interpuso recurso extraordinario federal, cuya desestimación dio lugar a la presentación directa que fue declarada procedente por esta Corte (sentencia del 12 de agosto de 2008; fs. 924/934, publicada en Fallos: 331:1784).

En esta decisión el Tribunal, por mayoría, consideró

que la corte chaqueña había omitido dar una respuesta fundada a una de las cuestiones federales alegadas por el magistrado destituido en el recurso de inconstitucionalidad local. Dicho planteo estaba vinculado con una posible afectación a la garantía del juez imparcial, dada por la intervención en el proceso de uno de los integrantes del superior tribunal provincial —el doctor Eduardo Omar Molina—, quien había llevado adelante el sumario previo que concluyó con la remisión del expediente al procurador general local para que promueva acusación contra el magistrado investigado, y, posteriormente, integró el jurado que juzgó y destituyó al juez Freytes.

En tal sentido, esta Corte afirmó que el referido planteo tenía directa influencia sobre el resultado final del proceso y que el tratamiento que se le había dado en la sentencia desestimatoria de la máxima instancia provincial —en la que se indicó que el agravio constituía una mera reedición de cuestiones introducidas con anterioridad, expuestas de modo “vacuo e inconsistente”— resultaba por demás insuficiente.

Sobre tales bases, el Tribunal privó de validez al fallo recurrido y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento, a fin de que la corte local dé una respuesta fundada a los planteos constitucionales aludidos.

3º) Que, ante el reenvío ordenado, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco rechazó nuevamente el recurso de inconstitucionalidad (fs. 987/1001).

Para resolver de este modo, el a quo afirmó que aun cuando pudiese prosperar el agravio fundado en el supuesto prejuzgamiento del integrante del jurado, ello no modificaría el resultado de la causa, ya que el art. 2º de la ley local 188 fijaba en cinco votos el número mínimo para otorgar validez a la sentencia de destitución, de modo que aun cuando el doctor Molina no hubiese intervenido en la decisión final impugnada —tomada por el voto unánime de los siete integrantes— ésta habría sido igualmente adoptada con el mínimo requerido para su validez.

A su vez, sostuvo el tribunal provincial que la intervención del doctor Eduardo Omar Molina en el jurado de enjuiciamiento no pudo formar opinión, es decir contaminar el criterio de sus colegas, pues el art. 23 de la ley local antes citada dispone que finalizada la audiencia oral y pública se realizará una sesión "solo" con el objeto de establecer el orden en que, por un sorteo, los miembros del jurado emitirán sus votos, sin contemplar ningún acto de deliberación entre sus integrantes en ese estadio del juicio.

En base a todos estos conceptos, el tribunal provincial concluyó que el voto del juez Molina, emitido en la sentencia del jurado de enjuiciamiento, no podía incidir de ningún modo en el resultado final del proceso.

4º) Que frente a ese pronunciamiento, la defensa de Freytes interpuso el recurso extraordinario de fs. 1009/1030, en el que señala que el tribunal superior chaqueño no cumplió con lo ordenado por esta Corte Suprema con respecto al tratamiento fundado que debía darse a los agravios federales invocados en el recurso local.

5º) Que el recurso es procedente pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en esta instancia de excepción (art. 14 inc. 3º de la ley 48), siempre y cuando la decisión impugnada –tal como sucede en este caso– hubiese importado un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal (Fallos: 307:468, entre otros).

6º) Que, en efecto, frente a los claros y categóricos términos del pronunciamiento del 12 de agosto de 2008, que ineludiblemente imponían la obligación de definir mediante una decisión fundada si la integración del jurado de enjuiciamiento afectaba o no la garantía de imparcialidad invocada por la defensa de Freytes, el tribunal a quo omitió nuevamente el tratamiento circunstanciado de la cuestión constitucional mencionada.

Al respecto, debe remarcarse que la afirmación del tribunal provincial en cuanto a que la intervención del doctor Molina en el jurado era una cuestión inconducente para alterar el resultado final del caso se contrapone diametralmente con la postura adoptada por esta Corte en su sentencia descalificatoria, en la que se afirmó que las garantías constitucionales que la defensa invoca como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (cfr. voto de la jueza Argibay, considerando 7º).

Más allá de lo anterior -suficiente de por sí para revocar la sentencia recurrida- corresponde indicar que cuando el tribunal a quo afirma que la sentencia por la que se destituyó a Freytes resultaría válida aun cuando se excluyera el sufragio del juez Molina, deja sin respuesta la decisiva circunstancia de que la supresión hipotética del mentado voto comprometería, a su vez, la validez de aquellos otros sufragios (cuatro en total) que expresamente se fundaron por medio de la adhesión a los argumentos y conclusiones dados por el integrante cuestionado.

7º) Que, por otra parte, resultan también inaceptables los fundamentos expuestos por el tribunal a quo en relación con el art. 23 de la ley local 188.

Ello, en primer término, porque el texto normativo que se dice aplicar no contiene la restricción que -asumiendo la condición de legislador- le incorporó la corte del Chaco al adicionar el adverbio "solo", en la medida en que la disposición de que se trata únicamente prevé que, tras los alegatos, "...en sesión reservada, se establecerá por sorteo el orden en que los miembros del jurado habrán de emitir sus votos quedando la causa en estado de sentencia".

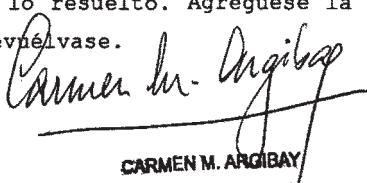
En segundo lugar, porque el sentido que el tribunal inferior pretende otorgar a la mentada norma local ignora por completo que el intercambio racional de ideas dentro de un cuerpo colegiado en las diversas etapas del proceso en que éste debe

tomar decisiones responde a un proceder propio de la forma republicana de gobierno.

8º) Que en las condiciones expresadas, cabe recordar lo declarado por esta Corte en reiterados precedentes, en cuanto a que sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 255:119, entre otros). Este principio, basado primeramente en la estabilidad propia de toda resolución firme de los tribunales de justicia (Fallos: 264:443), debe ser preservado con el mayor énfasis por este Tribunal, pues acertadas o no sus sentencias, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan (Fallos: 205:614; 307:468 y 1779; 312: 2187).

De ahí, pues, que el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por esta Corte Suprema en el ejercicio de su jurisdicción, comporta lo conducente a hacerlas cumplir (Fallos: 147:149; 264:443), por lo que corresponde dejar sin efecto lo resuelto y ordenar que se dicte un nuevo pronunciamiento que decida la cuestión con arreglo a lo dispuesto por esta Corte en su sentencia anterior.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y deváñvelvase.


CARMEN M. ARGIBAY

-//-**DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA**

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local, dejó firme la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento que, con fecha 16 de mayo de 2003, destituyó al doctor Daniel Enrique Freytes del cargo de juez de instrucción de la primera nominación de la segunda circunscripción, con asiento en la Ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña, Provincia del Chaco (fs. 587/599).

2º) Que contra dicho pronunciamiento el afectado interpuso recurso extraordinario federal, cuya desestimación dio lugar a la presentación directa que fue declarada procedente por esta Corte (sentencia del 12 de agosto de 2008; fs. 924/934, publicado en *Fallos*: 331:1784).

En esta decisión el Tribunal, por mayoría, consideró que frente a la naturaleza y raigambre del planteo fundado en la violación de la garantía de juez imparcial, así como de su patente influencia sobre el resultado final del proceso en los términos de lo decidido por esta Corte en los precedentes "Shartes, Norma Beatriz c/ Herrera, Ramón Enrique y otros" y "Salvat, Miguel c/ Luis Solimeno e Hijos S.A." (*Fallos*: 316:1710 y 324:1211, y su cita), su desestimación por parte del superior tribunal con la afirmación de que constituía una mera reedición de cuestiones introducidas con anterioridad y de que el desarrollo "luce vacuo e inconsistente", no sostenía constitucionalmente el pronunciamiento.

Asimismo, la Corte señaló en aquella oportunidad que la intervención del superior tribunal mediante un pronunciamiento constitucionalmente sostenible es indeclinable cuando se

plantean sobre bases serias y fundadas cuestiones *prima facie* de naturaleza federal, como es en el caso la configurada por la alegada violación de la garantía de juez imparcial; máxime, se subrayó, cuando desde el conocido precedente "Penjerek, Norma Mirta", del 14 de noviembre de 1963 (Fallos: 257:132) esa garantía cuenta con anclaje constitucional en el derecho al debido proceso reconocido en el art. 18 de la Ley Suprema.

Igualmente, en la sentencia se destacó que a ese más elevado grado de tutela se agregaba, con particular relevancia, que en un pronunciamiento reciente esta Corte fijó el nuevo contorno que cabe asignar a la garantía de imparcialidad para aquellos procesos penales en que en la integración del tribunal de juicio participe quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, en otra instancia de la misma causa ("Llerena", fallada el 17 de mayo de 2005, Fallos: 328:1491), doctrina que ulteriormente fue federalizada al ser extendida, como una de las garantías mínimas de la administración de justicia, a los procesos radicados en sede provincial ("Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés", fallada el 8 de agosto de 2006, Fallos: 329:3034).

Sobre tales bases, el Tribunal privó de validez al fallo recurrido como acto jurisdiccional constitucionalmente sostenible y mandó dictar un nuevo pronunciamiento, a fin de que el superior tribunal local dé una respuesta fundada a los planteos constitucionales aludidos.

3º) Que, ante el reenvío ordenado, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el ex magistrado contra la resolución del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados provincial que lo había destituido, reiterando su decisión de desestimar el agravio fundado en la violación a la garantía de juez imparcial.

4º) Que, para resolver de este modo, adhirió a los argumentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal que prece-

dió a la sentencia del Tribunal de fs. 924/934, y a los fundamentos del voto del juez Maqueda en dicho fallo. Además, el tribunal a quo consideró que no se verificaba la vulneración constitucional invocada, desde que el art. 2º de ley local 188 fijaba en cinco votos el número mínimo para otorgar validez a la sentencia de destitución y porque la intervención del juez denunciado no pudo formar opinión ni influir en el resto del Jurado de Enjuiciamiento –como alegaba el recurrente–, por la interpretación que realizó de los arts. 23 y 25 de aquella ley.

En el pronunciamiento se argumentó, asimismo, que a similar conclusión que la propiciada en la nueva sentencia había arribado la Corte Suprema al fallar en el caso "Leiva" (Fallos: 332:1124), cuando para rechazar el planteo del enjuiciado sobre la irregular integración del jurado –por no haber sido sustituido un miembro excusado con su suplente–, se afirmó que "...los textos normativos en cuestión nada disponen sobre la exigencia de un quórum calificado del jurado en oportunidad de fallar, limitándose las disposiciones en juego a establecer únicamente una mayoría especial de seis (6) votos concurrentes para disponer la remoción, recaudo cuyo cumplimiento en la deliberación en que fue dictada la sentencia destitutoria no es desconocido por el recurrente...".

Por otro lado, sobre la base de distintos precedentes del Tribunal, consideró que no era de aplicación al caso la doctrina sentada en los citados precedentes "Llerena" y "Dieser", aludidos por la Corte Suprema en la sentencia anteriormente dictada. También desestimó los motivos de agravio basados en la violación al derecho de defensa en juicio (fs. 987/1001).

5º) Que, frente a ese pronunciamiento, la defensa del ex juez dedujo el recurso extraordinario de fs. 1009/1030, cuya denegación dio origen a esta queja, en que se trae nuevamente el asunto a conocimiento del Tribunal promoviendo el examen de agravios que, en sustancia, reproducen los que dieron lugar al primer remedio federal interpuesto.

6º) Que la señora Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema ha señalado que, más allá de los términos empleados en el recurso extraordinario de fs. 1009/1030 del principal, lo sustancial de esta nueva presentación de la defensa del ex juez Freytes consistía en determinar si el pronunciamiento impugnado se apartaba, o no, de la sentencia dictada por el Tribunal a fs. 924/934 de los autos principales.

Desde esta perspectiva, recordó que el Ministerio Público Fiscal ha sostenido en reiteradas ocasiones que cuando la cuestión planteada se centra en la inteligencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal dictado en la misma causa, son los integrantes de la Corte los que se encuentran en mejores condiciones para desentrañar el alcance de sus propios fallos; criterio que consideró especialmente aplicable en situaciones como la de autos, toda vez que la opinión de la Procuración General de fs. 921/923 –en la que se analizaron los agravios del apelante que ahora se vuelven a plantear y se dictaminó por que se rechazara la apelación– no fue compartida en la sentencia de fs. 924/934 que declaró procedente el recurso extraordinario y descalificó el fallo (dictamen de fs. 64/65 de la queja).

7º) Que si bien cuando está en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en la misma causa se configura una hipótesis que hace formalmente viable el recurso extraordinario (Fallos: 306:1195; 312:396; 324:3411, entre otros), la admisibilidad sustancial de dicha apelación ha quedado rigurosamente condicionada a aquellos casos en que la resolución que se impugna consagre un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por la Corte en su primera decisión (Fallos: 311:1333; 325:2835, entre muchos otros).

8º) Que, desde esta perspectiva, cabe observar que el tribunal a quo, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Suprema en la sentencia del 12 de agosto de 2008 (fs. 924/934), realizó el examen de admisibilidad del motivo de agravio fundado

en la afectación de la garantía de juez imparcial, y por medio de los fundamentos que lucen a fs. 989/993 descartó la vulneración constitucional invocada por el apelante.

9º) Que, en este sentido, el tratamiento y respuesta al agravio invocado por la defensa cuenta con suficiente fundamentación para sostener constitucionalmente la sentencia apelada pues, a más de adherir a los términos del dictamen fiscal que precedió a la sentencia de la Corte Suprema de fs. 924/934, a los que -a su vez- remitieron los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, y al voto en disidencia del juez Maqueda, examinó la ley local aplicable y por medio de la interpretación de distintos precedentes del Tribunal, consideró que en el caso no se había afectado la garantía constitucional que proclamaba el juez destituido.

10) Que, contra esa decisión, el afectado dedujo recurso extraordinario (fs. 1009/1030), invocando la violación a la garantía de juez imparcial, a raíz de la intervención del juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, Eduardo Omar Molina, en la etapa preparatoria del juicio que encomendó la acusación de Freytes, y luego como integrante del Jurado de Enjuiciamiento que destituyó al nombrado. En este sentido, objetó los argumentos del tribunal a quo que hicieron pie en que la sentencia destitutoria era válida con cinco de los siete votos, pues, según el juicio del apelante, esta afirmación pasaba por alto que el Juez Molina había realizado un voto fundante al que adhirieron otros miembros del jurado. También discrepó con la corte local en cuanto no aplicó la doctrina sentada en el precedente "Llerena" citado, pues consideró que la plural intervención de Molina en la etapa previa al juicio había sido manifiestamente incriminatoria, de modo que no eran atinentes al caso los precedentes utilizados por el tribunal a quo para sortear su aplicación.

Asimismo proclamó la violación a la garantía del debido proceso por la irregular integración del jurado en las au-

diencias en las que tuvo lugar el juicio y, a su vez, la invalidez del voto emitido por el miembro que había estado ausente. En este sentido, señaló que el Diputado José Alfredo Pedrini no asistió a la primera audiencia de debate, y a parte de la segunda audiencia, y en su voto, admitiendo que no estuvo presente en el juicio, valoró solo ciertas pruebas y no consideró los planteos realizados por su parte.

Por último, invocó la violación del derecho de defensa en juicio, al haberse valorado en la sentencia la prueba ilegalmente producida. Al respecto, sostuvo que en el procedimiento administrativo previo al juicio llevado a cabo por el superior tribunal, se había dispuesto el secuestro de la totalidad de la documentación de cargo, ordenado testimonios y la realización de un informe pericial, medidas que se realizaron sin la intervención del afectado. Señaló que lo actuado se había basado en una arbitraria interpretación del art. 11 de la ley 188 que vulneró el derecho de defensa del acusado.

11) Que, a su turno, el superior tribunal provincial denegó el remedio federal, señalando que el apelante no había logrado acreditar los extremos que afirmaba, en tanto traslucian una mera discrepancia con lo decidido y sus argumentos eran insuficientes para demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente que en el proceso de remoción se hubiese verificado un grave menoscabo a la garantía del debido proceso (fs. 1056/1059).

12) Que el alcance de la revisión en la instancia del art. 14 de la ley 48 en asuntos de esta naturaleza, se encuentra delineado a partir del estándar fijado en el conocido precedente "Graffigna Latino" (Fallos: 308:961), según el cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, constituyen un ámbito en el que solo es posible la intervención ju-

dicial en la medida que se aduzca y demuestre inequivocamente por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

13) Que por ser el objetivo del instituto del juicio político, antes que sancionar al magistrado, el de determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud. De ahí, pues, que como concordemente lo ha subrayado este Tribunal desde su tradicional precedente sentado en la causa "Nicosia", del 9 de diciembre de 1993 (Fallos: 316:2940), con respecto a las decisiones del Senado de la Nación en esta materia; lo reiteró con posterioridad a la reforma de 1994 frente al nuevo texto del art. 115 de la ley Suprema en el caso "Brusa, Víctor Hermes", del 11 de diciembre de 2003 (Fallos: 326:4816) con relación a los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación; y lo viene extendiendo al ámbito de los enjuiciamientos de magistrados provinciales hasta sus pronunciamientos más recientes (causas P.1163.XXXIX "Paredes, Eduardo y Pessoa, Nelson"; "Acuña, Ramón Porfirio", Fallos: 328: 3148; "De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia)", Fallos: 331:810; "Rodríguez, Ademar Jorge", Fallos: 331:2156 y "Rojas, Ricardo Fabián", Fallos: 331: 2195, sentencias del 19 de octubre de 2004, del 23 de agosto de 2005, del 22 de abril de 2008, del 30 de septiembre de 2008 y del 7 de octubre de 2008, respectivamente), quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrancia, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 de la ley

48).

14) Que con esta comprensión, corresponde examinar los agravios relacionados con la invocada violación a la garantía del juez imparcial, introducidos por el apelante con sustento en la doctrina de la arbitrariedad.

En ese marco, cabe subrayar que los agravios tendientes a cuestionar el rechazo del planteo atinente a la inhabilitad del magistrado del superior tribunal que integró el Jurado de Enjuiciamiento, deben hacerse cargo de la doctrina de los precedentes de esta Corte que, ante cuestionamientos substancialmente análogos a los que se concretan en el sub examine, ha dejado establecido que no puede aplicarse al juicio político el mismo estándar de imparcialidad que el que se desarrolla en sede judicial. Ello es así, pues la circunstancia de admitir múltiples recusaciones por prejuzgamiento o presunto interés en la destitución del funcionario llevaría a desintegrar el órgano establecido por la Constitución para efectuar el control entre los poderes, bloqueando el apropiado funcionamiento del sistema al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el ordenamiento vigente, sea porque cualquier modo alternativo de reemplazo que se hubiera elegido podría ser tachado de inconstitucional, o fuera por impedir derechosamente la constitución del órgano (causas "Del Val, Ricardo J.", Fallos 314: 1723, considerando 9º del voto de la mayoría; M.346.XLIV "Molina de Alcázar, Graciela", sentencia del 20 de octubre de 2009, y A.935.XLV. "Agente Fiscal", sentencia del 1º de junio de 2010 y sus citas).

15) Que, desde tal premisa, cabe concluir que en el marco del juicio político que aquí se examina, el afectado no ha logrado demostrar que la entidad del agravio que pregoná permita sortear el limitado margen de revisión que se admite en asuntos de esta naturaleza; máxime, cuando la pretensión del recurrente se asienta básicamente en la extrapolación de un criterio fijado en torno a un proceso penal regido por reglas que no guardan ne-

cesaria identidad con la naturaleza del régimen del juicio político que aquí se trata.

16) Que basta para ello con señalar que en el mencionado precedente "Llerena" la decisión estuvo referida a la intervención de un único y mismo magistrado en las etapas de instrucción y del plenario, previstas en el Código Procesal Penal de la Nación; y que en el citado caso "Dieser", que también menciona el recurrente, el cuestionamiento hacia pie en que dos de los tres magistrados, integrantes de la Cámara Penal de Venado Tuerto, habían suscripto el voto mayoritario a favor de la condena, y eran los mismos que habían intervenido previamente en diversas apelaciones suscitadas en el proceso, tales como el procesamiento y la prisión preventiva. Desde esta perspectiva, el impugnante omitió indicar de qué modo se asimilaban tales presupuestos fácticos al caso de autos, en que solo uno de los siete integrantes del jurado de enjuiciamiento era cuestionado por presunta parcialidad.

17) Que, por lo demás, el apelante tampoco ha demostrado la invocada arbitrariedad de las afirmaciones del tribunal a quo, en punto a que habiéndose decidido la destitución por unanimidad, aún de aceptarse la recusación del miembro del jurado cuestionado, la pretensión del recurrente no modificaría el resultado del juicio, ya que, por un lado, la ley local exigía el voto de los dos tercios de los integrantes del cuerpo para la validez del pronunciamiento y, por otro, que la intervención de aquel jurado no pudo formar opinión ya que la ley local no contemplaba ningún acto de deliberación para dictar la sentencia.

18) Que, en este aspecto, la alusión del apelante acerca de que algunos miembros del jurado adhirieron al voto del juez Molina, es insuficiente para sostener que su intervención contaminó per se aquellos sufragios, pues además de omitir el examen de los términos en los cuales varios integrantes del cuerpo formularon las mentadas adhesiones, también soslayó mencionar que, en todos los casos, adscribieron además a los funda-

mentos del doctor Teodoro Clemente Kachalaba quien, según el orden del sorteo (fs. 313 del principal), votó en primer lugar (fs. 428/496).

19) Que en punto al resto de los reclamos el apelante solo expresa su desacuerdo con la interpretación y sistematización de las normas locales que llevaron a cabo el jurado de enjuiciamiento y el superior tribunal para rechazar las objeciones centradas en la ausencia parcial al juicio de uno de los integrantes del jurado, y a la producción y valoración de la prueba, mas los defectos hermenéuticos que sostienen el planteo distan de alcanzar el estándar definido por este Tribunal hace más de cuarenta años, y recordado hasta pronunciamientos recientes para dar lugar a un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad (caso "Estrada", sentencia del 23 de septiembre de 1960; Fallos: 247:713; "Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el dia 2 de septiembre de 2007", sentencia del 13 de noviembre de 2007, Fallos: 330:4797), con arreglo al cual se debe demostrar que la equivocación del pronunciamiento impugnado es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia.

20) Que, en definitiva, el juez Freytes fue imputado por un cargo definido en base a una conducta descripta con precisión; tuvo las oportunidades procesales para ejercer su defensa mediante descargo, recusaciones y ofrecimiento de prueba; su conducta fue evaluada con arreglo a los recaudos legalmente contemplados, y destituido e inhabilitado por el órgano en cuyas manos la Constitución de la Provincia del Chaco depositó la atribución ejercida, mediante una decisión que cuenta con la mayoría especial también prevista en los textos normativos en juego y que estimó acreditada la causal típicamente reglada de mal desempeño. Promovido el control judicial de dicho enjuiciamiento mediante las cuestiones que el interesado voluntariamente introdujo ante la jurisdicción del superior tribunal provincial, la sentencia dictada en virtud del reenvío dispuesto por el Tribu-

nal dio respuesta a los planteos considerados mediante desarrollos argumentativos que la sostienen suficientemente como acto judicial válido. En estas condiciones, y ausente la demostración en forma nítida, inequívoca y concluyente de la lesión a las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal para la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional y el art. 14 de la ley 48 (causa "Rodríguez, Ademar Jorge" mencionado, sentencia del 30 de septiembre de 2008, y sus citas).

-/- Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.



RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso de hecho interpuesto por Daniel Enrique Freytes, representado por el doctor Nelson R. Pessca.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

Tribunales que intervinieron o con anterioridad: Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia del Chaco.

MARZO

BOLSA DE CEREALES DE BUENOS AIRES c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ACCIÓN DECLARATIVA

IMPUESTO DE SELLOS

En el marco del proceso en el que se cuestiona la constitucionalidad de las leyes impositivas anuales dictadas por la Provincia de Buenos Aires a partir de 2007, sobre la base de las cuales se grava con alícuotas distintas del impuesto de sellos a las operaciones de compraventa de cereales y oleaginosas en razón del domicilio de las entidades en que se registran los respectivos contratos, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y establecer que los contratos que se registren en la Bolsa de Cereales de la Ciudad de Buenos Aires tributen, durante el corriente año, la alícuota prevista en el art. 46, ap. A), inc. 12, párrafo a), de la ley 14.333 de la Provincia de Buenos Aires, sustituido por el art. 21 de la ley 14.357 y mantenido en el art. 51 de la ley 14.394 y que deberán tributar idéntica alícuota que la que se establezca para los que se registren en territorio provincial en el futuro hasta tanto se defina la situación objeto del litigio.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, ✓ de marzo de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 1/6 la Bolsa de Cereales de Buenos Aires solicita el dictado de una medida cautelar por medio de la cual se disponga el levantamiento del embargo preventivo y la inhibición general de bienes ordenados en los autos caratulados "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Bolsa de Cereales, Oleaginosas, Frutos y Productos y otros s/ medida cautelar autónoma o anticipada-previsión" (expte. nº 15.897), en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo nº 2 del Departamento Judicial de La Plata. Solicita asimismo que se suspenda la aplicación de la alícuota diferencial mayor del impuesto de sellos contemplada en el artículo 46, apartado A), inciso 12), párrafo b), de la ley 14.333 de la Provincia de Buenos Aires (10,5 o/oo) –sustituido por el artículo 21 de la ley 14.357–, respecto de los contratos que se registren en su sede de la Ciudad de Buenos Aires, y que en cambio se le aplique la alícuota reducida prevista en el párrafo a) de la norma citada (7,5

o/oo).

En cuanto a las medidas cautelares cuyo levantamiento pretende, señala que el embargo preventivo fue trabado sobre inmuebles de su propiedad y de las personas que integraban su Consejo Directivo, y que la inhibición fue anotada en contra de todos ellos. Aclara que tales medidas, que encuentran su origen en las diferencias determinadas en concepto de impuesto de sellos en la resolución 50/08 impugnada en la demanda, fueron luego sustituidas por un seguro de caución contratado a esos efectos, cuyo pago desde el año 2008 le genera un grave perjuicio, además del considerable gravamen que les causan aquéllas al buen nombre y crédito comercial de los directivos, y al prestigio de la Bolsa.

En relación al restante pedido sostiene que con las sucesivas leyes impositivas sancionadas anualmente a partir de 2007, la demandada fue incrementando la política tributaria discriminatoria que está ejerciendo en su contra, en razón del domicilio en el que se encuentra ubicada su sede social –donde se recauda el impuesto de sellos sobre los instrumentos que allí se registran–, con el propósito de desviar la registración de los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas –y la consecuente percepción del respectivo derecho de registro– hacia otras entidades radicadas dentro del territorio provincial; y más específicamente, en la localidad de origen de las mercaderías o bienes objeto de los instrumentos gravados, las que se ven beneficiadas con la aplicación de una alícuota menor.

A fs. 50/57 la actora sostiene que el prestigio que tiene la Bolsa de Cereales de Buenos Aires entre quienes intervienen en la compraventa de cereales y oleaginosas, y la eficacia de su organización en el trámite de certificación de los contratos, no puede compensarse con la aplicación de una alícuota agravada en un 40%.

Amplía su planteo de inconstitucionalidad a todas las leyes impositivas anuales sancionadas por la demandada desde el

año 2007, cuales son, las números 13.613, 13.787, 13.930, 14.044, 14.200 y 14.333, modificada por la ley 14.357, desde que en todas ellas se mantiene la discriminación tributaria en razón del domicilio de su sede.

2º) Que el pedido relativo al levantamiento de las medidas cautelares ordenadas en jurisdicción provincial debe ser rechazado. En efecto, el instituto previsto en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no puede –como regla– interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales, ni ser empleado para impedir el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los reclamos que el acreedor considera legítimos (Fallos: 329:789 y sus citas). Extremos que, como resulta evidente, se verificarían en el caso que el Tribunal accediera a tal petición.

3º) Que en cuanto a lo demás requerido cabe recordar que este Tribunal ha establecido que si bien por vía de principio, medidas como las requeridas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 316:2855).

4º) Que, asimismo, ha dicho en la causa "Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina" (Fallos: 306:2060) 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".

En el presente caso resultan suficientemente acreditadas la verosimilitud en el derecho y la configuración de los presupuestos establecidos en los incisos 1º y 2º del citado artículo 230 del código adjetivo para acceder a la restante me-

dida pedida.

5º) Que en mérito a la solución que se adopta resulta necesario precisar que el sub lite presenta marcadas diferencias con otros reclamos en los que este Tribunal ha denegado el dictado de medidas precautorias frente a pretensiones fiscales de los estados provinciales, en atención al principio de particular estrictez que debe aplicarse en materia de reclamos y cobros de impuestos (conf. Fallos: 313:1420; 322:2275, entre otros).

En el caso, en lo que se refiere al segundo de los pedidos efectuados, se cuestiona la constitucionalidad de las leyes impositivas anuales dictadas por la Provincia de Buenos Aires a partir de 2007, sobre la base de las cuales se grava con alícuotas distintas del impuesto de sellos a las operaciones de compraventa de cereales y oleaginosas en razón del domicilio de las entidades en que se registran los respectivos contratos. Así, los que se registren dentro del territorio provincial tributan un porcentual menor al que pagan quienes lo hacen fuera de la provincia. De tal manera, adquiere preeminencia la necesidad de determinar si el Estado provincial se ha excedido –como se afirma– en sus potestades tributarias, precisar cuáles son los alcances de la jurisdicción y competencia que tiene para ejercer eventualmente el derecho de percibir la alícuota diferencial cuestionada, y si ese proceder quebranta la potestad del gobierno federal de reglar el comercio de las provincias entre sí (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional; arg. Fallos: 178:308; 320:1302, considerando 6º, entre otros).

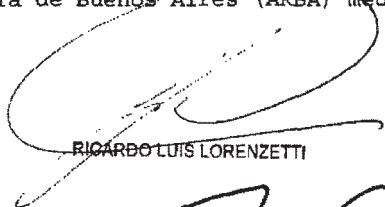
Esa situación, diversa de la examinada en los precedentes a los que se ha hecho referencia, permite concluir que en el caso resulta aconsejable establecer cautelarmente que los contratos que se registren en la sede de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, tributen en concepto de impuesto de sellos, en lo que respecta al corriente año, la alícuota del siete con cinco por mil (7,5 o/oo) prevista en el artículo 46, apartado A), inciso 12), párrafo a), de la ley 14.333 de la Provincia de Buenos

Aires, sustituido por el artículo 21 de la ley 14.357 y manteniendo en el artículo 51 de la ley 14.394; como asimismo que deberán tributar idéntica alícuota que la que se establezca para los que se registren en territorio provincial en el futuro hasta tanto se defina la situación objeto de este litigio.

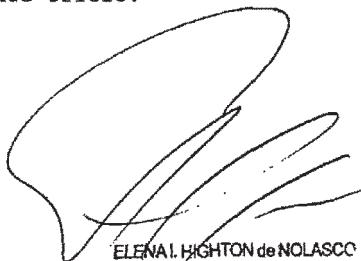
Cabe señalar que la decisión que se adopta solo producirá, en el caso en que se rechace la demanda, una postergación en la percepción de las diferencias que se generen, ya que mientras tanto la provincia ingresará a sus arcas las mismas sumas que se perciben por el gravamen que recae sobre instrumentos registrados en entidades con sede en su territorio.

Por ello, se resuelve: 1º) Rechazar el pedido de suspensión y levantamiento de embargo efectuado en el punto 2) del petitorio de la presentación de fs. 1/6. 2º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada en el punto 3), y, por consiguiente, establecer que los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas que se registren en la Bolsa de Cereales de la Ciudad de Buenos Aires tributen, durante el corriente año, la alícuota del siete con cinco por mil (7,5 o/oo) prevista en el artículo 46, apartado A), inciso 12), párrafo a), de la ley 14.333 de la Provincia de Buenos Aires, sustituido por el artículo 21 de la ley 14.357 y mantenido en el artículo 51 de la ley 14.394; como asimismo que deberán tributar idéntica alícuota que la que se establezca para los que se registren en territorio provincial en el futuro hasta tanto se defina la situación objeto de este litigio. Notifíquese a las partes mediante cédulas que se confeccione-

narán por Secretaría y a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) mediante oficio.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA

Parte actora: Bolsa de Cereales (según estatuto social "Bolsa de Cereales, Oleaginosos, Frutos y Productos"), representada por su letrado apoderado, doctor Adrián Vera, con el patrocinio de los doctores Juan Vicente Solá y Horacio E. Gorosito.

Parte demandada: Provincia de Buenos Aires.

CICCONE CALCOGRAFICA S.A. c/ D.G.I.

IMPUUESTO A LAS GANANCIAS

Corresponde declarar desierto el recurso de apelación si en su memorial la representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos omite hacerse cargo debidamente del argumento central de la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación -confirmada por el a quo- consistente en que la falta de una cláusula contractual expresa de la que resulte que el agente de retención se hacía cargo del pago del tributo, o de un comportamiento inequívoco de éste en tal sentido, impide tener por acreditado que la empresa haya asumido el pago del impuesto a las ganancias de dos sociedades constituidas y domiciliadas en el exterior.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Ciccone Calcográfica S.A. (TF 19.236-I) c/ DGI".

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI, mediante resolución de fecha 26 de diciembre de 2000, determinó de oficio e impuso a la empresa Ciccone Calcográfica S.A. la obligación de ingresar retenciones del impuesto a las ganancias respecto de los pagos efectuados a beneficiarios del exterior durante el lapso comprendido entre los meses de julio de 1995 y agosto de 1997, ambos inclusive, con los intereses resarcitorios correspondientes, y le aplicó una multa equivalente al 70% del importe de las retenciones presumiblemente omitidas (art. 45 de la ley 11.683, t.o. en 1998 y modificaciones) (fs. 5/41).

2º) Que para así proceder el organismo recaudador tuvo en cuenta que la empresa actora celebró el 5 de mayo de 1995 un contrato con el Banco Nacional de Angola –extendido en sus alcances en diciembre de ese año y en marzo de 1996– mediante el cual se encargó a aquélla la fabricación, impresión y exportación de billetes de papel moneda de ese país –kwanzas– y que en el marco de esa operación convino con dos sociedades constitui-

das y domiciliadas en el exterior –Jit Commerce Corporation y Business Strategy Corporation– los servicios de coordinación, administración y control financiero del negocio, por un lado, y la realización de pruebas de control de calidad del papel de impresión, por el otro. Asimismo, consideró que Jit Commerce Corporation actuó como agente cobrador de los pagos efectuados por el Banco Nacional de Angola para cancelar las facturas emitidas por Ciccone Calcográfica S.A., y que, en contraprestación por esos servicios, retuvo, por expresa disposición de la empresa actora, sendos porcentajes de los montos abonados para cada una de las sociedades, girándole el remanente a aquélla. En razón de ello, el organismo recaudador entendió que las prestaciones efectuadas por las referidas empresas constituyan un asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior a favor de Ciccone Calcográfica S.A., por lo que debía considerarse que las respectivas retribuciones eran de fuente argentina y que en tales condiciones correspondía determinar la renta gravada según las disposiciones del segundo párrafo del art. 12 y del inciso h del art. 93 de la ley del impuesto a las ganancias. De tal manera, concluyó en que al disponer de los fondos en el sentido indicado, Ciccone Calcográfica S.A. había materializado los pagos a favor de las sociedades del exterior quedando obligada, en consecuencia, al ingreso de las retenciones con carácter de pago único y definitivo a beneficiarios del exterior conforme las disposiciones del Título V de la ley de impuesto a las ganancias.

Finalmente, consideró, por otra parte, que como “en el presente caso el pago del impuesto resulta a cargo del sujeto que paga los correspondientes beneficios” correspondía calcular la retención “sobre el monto que resulte de acrecentar dichos beneficios con el importe del respectivo impuesto que se tome a cargo” (conf. fs. 13/14 y 34/35).

3º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó parcialmente lo resuelto por el organismo recaudador en cuanto determinó el impuesto, liquidó los intereses y aplicó la multa y,

en cambio, revocó esa decisión en lo referente al pretendido acrecentamiento, calculado por la AFIP-DGI en la medida del impuesto presuntamente tomado a cargo por la empresa actora (conf. fs. 675/687, en especial cons. 5.10, fs. 683 vta./684).

4º) Que para así decidir el punto mencionado en último término -que es el relevante a los fines de la cuestión planteada ante esta Corte- el mencionado tribunal administrativo consideró que para que la renta local resulte incrementada por efecto del art. 145, 2º párrafo, del decreto reglamentario de la ley del tributo, "el pago del impuesto debe encontrarse a cargo de un tercero", quien puede ser "cualquier vinculado al responsable por deuda propia que asume su carga tributaria, sea o no responsable por deuda ajena a su respecto". Tras ello, aseveró que "es porque el tercero asume la carga fiscal que la base de medición refleja tal circunstancia" (fs. 683 vta., cons. 5.10, 1º párr.). En cuanto al mecanismo de acrecentamiento previsto en la norma citada, señaló que ella "contiene una regla excepcional de base imponible que cuantifica ese acuerdo de voluntades por el que el pagador local o un tercero toman a su cargo el gravamen y en donde la causa del *grossing-up* precede siempre (a) la extensión de responsabilidad al responsable por deuda ajena". En tal sentido destacó que "[n]o hay incrementación de la renta porque se omitió retener -hipótesis de extensión de responsabilidad- sino porque se asumió el gravamen del retenido" (*ídem*, segundo párrafo), lo cual produce "la pérdida de la acción de regreso" (*ídem*, tercer párrafo).

En esa línea de razonamiento, sostuvo que el organismo recaudador había cometido el yerro de "desplegar el mecanismo de *grossing-up* frente a la omisión de retención en la ausencia, en el caso, de cláusula expresa o comportamiento inequívoco del agente de retención en el sentido de asumir el pago del tributo" (*ídem*, cuarto párrafo). En abono de lo expuesto puso de relieve que los contratos suscriptos entre Ciccone, Jit Commerce Corporation y Business Strategy Corporation, en las cláusulas referentes al modo de resolución de controversias, hacían recaer la

designación como tercer árbitro en el "presidente titular de la Asociación Fiscal Internacional, con sede en la Universidad de Erasmus, Rótterdam, Holanda" -en el caso del convenio suscripto con Jit Commerce Corporation- y en el "presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario" -en el caso del suscripto con Business Strategy Corporation- (fs. 684, cons. 5.10, 1º párr.), lo cual expresaba "claramente la diversidad de intereses en el plano tributario" y no se avenía con la renuncia de Ciccone a su acción de regreso. Por último, puntualizó que la solución no variaba si se consideraba el sentido inverso del flujo de los fondos de la operación puesto que el beneficiario del exterior había remesado la diferencia neta a la empresa actora, que al asumir la posición de sustituto tributario conservaba la acción de regreso, situación que resultaba incompatible con el pretendido acrecentamiento de la renta (*ídem*, segundo párrafo).

5º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal (fs. 888/909). Para así decidir -en lo que tiene relación con los agravios traídos a conocimiento de esta Corte- tuvo por válidas las conclusiones del organismo jurisdiccional respecto de la improcedencia del incremento del impuesto. Al respecto señaló que el recurso autorizado por el art. 86, inc. b, de la ley 11.683 impedía reexaminar los hechos y pruebas referidos a "la inexistencia de un pacto en virtud del cual quien paga la ganancia se hace cargo del tributo, lo cual se traduce en practicar la retención sobre la suma de la ganancia neta presumida y el impuesto respectivo", máxime en ausencia de error o arbitrariedad manifiestos en la apreciación de tales extremos efectuada por el Tribunal Fiscal (conf. cons. 5º, en particular, fs. 906 y 906vta. y cons. 9º, fs. 908 vta. in fine y 909 -1º párr.-).

6º) Que contra lo así resuelto, la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 921/922) que fue concedido a fs. 925. El memorial de agravios obra a fs. 968/977 y su

contestación por la actora a fs. 980/990 vta. La apelación planteada es formalmente admisible puesto que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, excede el mínimo legal previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

7º) Que, en forma preliminar, cabe puntualizar que la cuestión relativa a la determinación e ingreso de retenciones del impuesto a las ganancias no practicadas respecto de los pagos efectuados a las sociedades Jit Commerce Corporation y Business Strategy Corporation fue resuelta en favor del organismo recaudador en las anteriores instancias y tal decisión quedó firme pues no fue objeto de recurso por la actora. Por lo tanto, la cuestión a decidir por esta Corte queda limitada a la controversia por el ingreso del impuesto resultante de considerar acrecentada la ganancia en los términos que prevé el art. 145, 2º párrafo, del reglamento de la ley del tributo.

8º) Que al respecto corresponde poner de relieve en primer lugar que el art. 86, inc. b, de la ley 11.683 otorga carácter limitado a la revisión de la cámara y, en principio, queda excluido de ella el juicio del Tribunal Fiscal respecto de los extremos de hecho (*Fallos*: 300:985). Si bien no se trata de una regla absoluta y, por consiguiente, la cámara debe apartarse de las conclusiones del mencionado organismo jurisdiccional cuando éstas presentan deficiencias manifiestas (*Fallos*: 326:2987, considerando 9º), tal situación dista de presentarse en el caso de autos. Ello, por cuanto la cuestión que se pretende traer a conocimiento y decisión de esta Corte fue resuelta por el Tribunal Fiscal con apoyo en el material probatorio reunido en la causa, y sobre la base de atinadas consideraciones en cuanto a que no asistía razón al organismo recaudador al desplegar el mecanismo de acrecentamiento frente a la omisión de retener, en ausencia de cláusula expresa de la que surja que el agente de retención hubiese asumido el pago del tributo o de un

comportamiento de aquél que tenga inequívocamente ese sentido (conf. cons. 4º -2º párr.- de esta sentencia).

9º) Que en tales condiciones, cabe concluir que, en el memorial de agravios ante esta Corte, el apelante no formula, como es imprescindible, una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados en las anteriores instancias, circunstancia que conduce a declarar la deserción del recurso, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados en la sentencia para llegar a la decisión impugnada (confr. art. 280, párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 315:689; 316:157, entre muchos otros.)

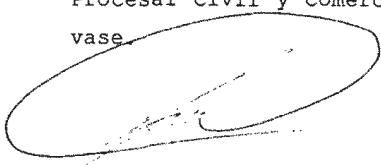
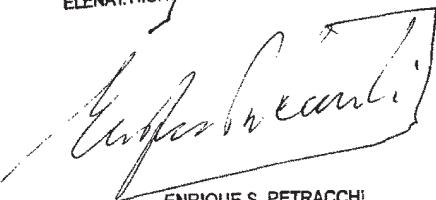
10) Que, en efecto, en su memorial de fs. 968/977 la representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos omite hacerse cargo debidamente del argumento central de este aspecto de la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación –confirmada por el a quo– consistente en que la falta de una cláusula contractual expresa de la que resulte que el agente de retención se hace cargo del pago del tributo, o de un comportamiento inequívoco de éste en tal sentido, impide tener por acreditado que Ciccone Calcográfica S.A. haya asumido el pago del impuesto a las ganancias de las sociedades Jit Commerce Corporation y Business Strategy Corporation. Al respecto, la representación de la AFIP alega que el art. 145 del decreto reglamentario de la ley del tributo prevé el acrecentamiento de la renta cuando un tercero se hace cargo del impuesto del beneficiario aunque “sin sujetarlo a ninguna condición...como la existencia de acuerdo escrito entre las partes o [la] imposibilidad del pagador de recuperar el impuesto abonado que correspondía a [aquel]”. Sin embargo, este argumento no logra desvirtuar el razonamiento en que se sustenta lo decidido por las anteriores instancias, en tanto la citada norma reglamentaria prevé el requisito de que se asuma el pago del impuesto, ante lo cual el recurrente omite explicar el modo alternativo que, en su concepción

to, resultaría apto para tener por configurado ese reacaudo (conf. fs. 975 vta., 3º y 4º párr.).

11) Que tampoco resulta atendible el argumento del apelante dirigido a descalificar la sentencia sobre la base de aseverar que "habiendo correspondido a la actora practicar la retención...[y] ante la ausencia de pactos preexistentes al respecto...se impone que los precios pagados eran netos, libres de impuestos" (conf. fs. 974 vta., 1º párr.). La insuficiencia de este agravio resulta clara si se advierte que no obstante que el Tribunal Fiscal —en la sentencia confirmada por el a quo— puso de relieve que "[n]o hay incrementación de la renta porque se omitió retener —hipótesis de extensión de responsabilidad— sino porque se asumió el gravamen del retenido" (fs. 683 vta., cons. 5.10, 2º párr.), la representante del organismo recaudador insiste en equiparar la omisión de retener el impuesto con el acto voluntario de hacerse cargo del tributo, sin desarrollar un razonamiento que otorgue fundamento válido a la equivalencia que pretende establecer entre la omisión indicada y la presunta voluntad del agente de retención de asumir el pago del tributo dejado de retener. Al ser ello así, los agravios expuestos traducen una mera discrepancia con lo decidido por los tribunales de las anteriores instancias y resultan ineficaces al fin pretendido (confr. especialmente fs. 973 vta. -3º y 4º párr.-, 974 -1º y 2º párr.-, 974 vta. -1º y 2º párr.- y 976 -2º párr.-).

Por ello, se declara desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto a fs. 921/922. Con costas (art. 68 del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.


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

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP-DGI), representado en el memorial de agravios, por la Dra. María Alejandra Incolla Gazay, con el patrocinio letrado de la Dra. Silvia Josefina Pepe.

Contestó el memorial de agravios: Ciccone Calcográfica S.A., representada por el Dr. Alejandro Vandenbroele.

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

Intervino con anterioridad: Tribunal Fiscal de la Nación.

FISCO NACIONAL (A.F.I.P.) c/ CATAMARCA, PROVINCIA DE
Y OTRO DE (BANCO CATAMARCA Y/O ENTE RESIDUAL)
S/ COBRO DE PESOS

INTERESES

Corresponde hacer lugar a la demanda seguida por la A.F.I.P. contra la Provincia de Catamarca si surge con meridiana claridad la voluntad de las partes -expresada en diversos convenios- de no requerir interpellación o intimación alguna para la constitución en mora del deudor, quedando ésta configurada de pleno derecho de modo automático y, ante lo dispuesto por el último párrafo del art. 37 de la ley 11.683 (incorporado por el Título XV, art. 18, inc. 2º, de la ley 25.239), y a que se encuentra fuera de debate que durante el período de la litis regía un acuerdo “expreso” entre las partes que autorizaba la capitalización de los intereses cada treinta días corridos y/o fracción menor si correspondiere y la aplicación de la misma tasa de interés resarcitorio que la A.F.I.P. cobraba a los contribuyentes por deudas impositivas y/o previsionales.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

V.E. corre nuevamente vista a esta Procuración General en estos actuados, de los que surge que el Fisco Nacional (Administración Federal de Ingresos Públicos) -entidad autárquica nacional-, promovió demanda contra el Banco de Catamarca SA y/o Ente Residual y contra la Provincia de Catamarca, a fin de obtener el pago de una deuda (\$ 782.735,95) en concepto de intereses moratorios por la transferencia tardía de fondos provenientes de la cobranza de impuestos, en el marco de un convenio de recaudación acordado con el Banco de Catamarca, devengados en el período comprendido entre enero de 1995 y enero de 1998. En su presentación también demanda al Estado provincial, por ser éste quien garantiza los depósitos y la operaciones que realiza el citado banco, en tanto y en cuanto, la Provincia responde por sus entidades u organismos centralizados o descentralizados, ya que depende del Poder Ejecutivo (v. fs. 27/38).

De conformidad con el dictamen de este Ministerio Público, V.E declaró que la presente causa correspondía a su competencia originaria y, corrió trastado de la demanda (v. fs. 40/41).

- II -

Cabe apuntar ante todo que, a fojas 130, obra un escrito de la Provincia de Catamarca en el cual se unifica la personería de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Acuerdo del PEP 1435/03, el cual ordenó el proceso de autoliquidación y de intervención del ex Banco de Catamarca, lo que implica la desaparición como persona jurídica de dicha institución. En dicha presentación fue desistida por esa parte, la excepción de falta de legitimación opuesta, al haber sido liquidado el banco demandado y transferidos sus pasivos.

Al momento de contestar la demanda la provincia de Catamarca solicitó su rechazo argumentando que la deuda reclamada, por la naturaleza de la relación jurídica que unía a las partes, se encontraba prescrita de acuerdo a lo establecido en el artículo 847 del Código de Comercio. Asimismo, impugnó los montos pretendidos, haciendo hincapié en la falta de claridad de los mismos. Sostuvo, que nunca fue formalmente interpelada por las diferencias reclamadas por la A.F.I.P., estimando que a los fines de la constitución en mora le eran inoponibles las simples notas adjuntadas por la parte actora. A todo evento, por último, esgrimió la consolidación de la deuda (v. fs. 86/90).

Por su parte, la entidad bancaria accionada contestó, rechazando la demanda, aduciendo la oscuridad en la pretensión del cobro y, desconociendo la documentación acompañada y las intimaciones efectuadas por la peticionaria. Sostuvo que el convenio de recaudación se encuentra en la categoría de contrato de gestión o mandato de naturaleza comercial, postulando que habría existido una desproporción en el equilibrio de las prestaciones invocando la doctrina del abuso del derecho al pretender -la actora- intereses moratorios. Además, estimó abusiva la tasa aplicada y cuestionó el sistema de capitalización de intereses.

Finalmente, y ante la hipótesis de una condena manifestó que el crédito se encontraba consolidado por la Ley provincial Nro. 5.016 en virtud del estado

de emergencia dispuesto por ley 4.989 (v. fs. 56/67).

Clausurado el periodo probatorio, las partes presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fojas 383/390 y 392/404. Posteriormente, el Tribunal dispuso correr nueva vista a este Ministerio Público (v. fs. 409).

- III -

A mi entender, tal como se sostuvo en el dictamen de fojas 40, la causa es de la competencia originaria del Tribunal.

En otro orden, al abordar las cuestiones planteadas, este Ministerio Público ha de ceñirse, sustancialmente, a los aspectos que hacen a la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (v. art. 120 C.N. y 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946), ponderando hechos y pruebas en tanto resulte menester a los fines indicados.

- IV -

Cabe precisar que en autos se encuentra reconocido por el Fisco y el Banco de Catamarca la celebración de un convenio de recaudación tributaria, en el marco legal de los artículos 4, 6 y 30 de la Ley Nº 11.683, el cual tuvo sucesivas prorrogas y convenios complementarios (v. fs. 28vta./30, 215, 281/286, 330/331 y 395).

Sentado ello, resulta oportuno señalar que el *thema decidendum* consiste en determinar la existencia y la procedencia de la deuda en concepto de intereses moratorios por la transferencia tardía de fondos provenientes de la cobranza de impuestos, en el marco de los contratos suscriptos, o si, como lo sostiene la demandada la acción se encuentra prescripta.

En ese contexto, corresponde tratar en primer término las argumentaciones de la demandada relativas a la prescripción, que exige evaluar la naturaleza jurídica de la relación contractual en cuestión, para así determinar el

régimen jurídico aplicable al caso. Entonces, en mi opinión, el contrato celebrado por la Dirección General Impositiva -hoy Administración Federal de Ingresos Públicos- y por el Banco de Catamarca, en tanto destinado a cumplir fines de la Administración Pública -recaudación de tributos- reviste caracteres propios que lo sujetan a los principios del derecho administrativo (v. doctrina de Fallos 263:510).

En tales condiciones, estimo que el término de prescripción que corresponde aplicar es el decenal (conf. art. 4023, C.Civil), en virtud de que la relación que vincula a las partes es de orden contractual y no está previsto expresamente un plazo menor para el caso (Fallos 229:12; 283:401, entre otros). En este sentido, es dable recordar que las normas de derecho privado tienen vigencia en derecho público por integración del ordenamiento jurídico (v. art. 16, C. Civil y voto doctor Luis María Boffi Boggero en Fallos 263:510) y que la prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que se trate (Fallos 320:2289; 323:3351).

Siendo ello así, es menester resaltar que a fojas 58 vta. la accionada reconoció expresamente que en septiembre de 1998 tomó conocimiento de los retrasos en cuestión, más allá de que la parte actora -conforme surge del informe pericial, fs. 292/308- haya intimado en varias ocasiones al pago de las obligaciones. A su vez, constituye un hecho no controvertido que el 22 de marzo de 2000, el Banco presentó una nota informando el pago de \$24.527,24.- en concepto de capital intimado y, solicitó la condonación de los intereses respectivos (fs. 332), lo cual implica un reconocimiento por parte del obligado respecto de la existencia de la deuda detallada a fojas 317 mediante un acto de su propia voluntad, que interrumpe -respecto de dicho tramo de la obligación- el curso de la prescripción (conf. art. 3989).

De esa manera, y en tanto la deuda que se reclama corresponde a períodos comprendidos entre enero de 1995 a enero de 1998 (fs. 317/329) y la demanda fue interpuesta el 14 de noviembre de 2001 (v. fs. 38), no corresponde tener por prescripta la presente acción. Al respecto, V.E. ha señalado en

reiteradas oportunidades que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3986, primera parte, del Código Civil, la demanda, entendida como toda presentación judicial que traduzca la intención de mantener vivo el derecho de que se trate, suspende la prescripción (Fallos 326:2746, 327:1629; entre otros).

- V -

En el marco expuesto, cabe precisar que, la pericia en cuanto a la determinación de los atrasos en los depósitos de los tributos, no fue impugnada por las partes, por lo que corresponde tener por reconocida la mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandada (v. fs. 317/329).

Entonces, respecto a las cuestiones objeto de agravio por parte de la accionada en orden a la aplicación de la tasa de interés y a la capitalización de los intereses en el *sub examine* no se configurarían los presupuestos que ameritarían hacer lugar a su morigeración teniendo en consideración lo acordado por las partes y, lo dispuesto por la ley que consagra el pleno respeto a las obligaciones contractualmente asumidas, siendo en principio válidos los intereses convenidos entre la AFIP y el Banco de Catamarca (arts. 621, 1197 del Cód. Civil), no advirtiéndose *prima facie* que se encuentre comprometido el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Además, como lo señaló en la pericia el contador -aspecto reitero, no impugnado por las partes- en los convenios suscriptos se permitía la aplicación del régimen de capitalización de intereses. En ese sentido el artículo 623 del Código Civil veda la capitalización de intereses salvo cuando, como en el caso, media convención expresa de los contratantes (v. fs. 330vta. y 333vta/335 y doctrina de Fallos 316:3131, 329:335 y 326:244). En el *sub lite*, a su vez se encontraría comprometido el interés común en el pago puntual de los impuestos, dado que ello permite el normal desenvolvimiento de las finalidades del Estado, interés que no beneficia a personas determinadas sino a la comunidad toda.

Así también, el principio de la buena fe impone a los contratantes un comportamiento oportuno, diligente y activo, obligándolos al momento de la contratación a poner de manifiesto la aparición de circunstancias que a su juicio le importen un perjuicio, surgiendo de la pericia contable que lo acordado respecto a los intereses punitorios se adecuarían al parámetro legal de licitud ya que fueron calculados conforme a las pautas previamente acordadas, situación que resultaría en principio insusceptible de ser calificada como irrazonable (v. fs.330/331 vta).

- VI -

En relación a la discusión sobre la aplicabilidad al caso de la Ley de Consolidación de pasivos provinciales, es oportuno señalar que la Ley 4646 de Catamarca dispone que las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 31 de marzo de 1991 que consistan en el pago de sumas de dinero, sólo serán consolidadas luego de su reconocimiento firme en sede judicial o administrativa. En ese marco, a mi juicio, el tratamiento de los agravios relativos a esta cuestión, en esta etapa, deviene prematuro.

- VII -

En función de lo anterior, considero que debe hacerse lugar a la demanda con el alcance expuesto.

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2007

MARTA A. SEBRO de GOMA ALVEZ
Poder Judicial Federal, Sala III
Corte Suprema de Justicia de la Nación

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Fisco Nacional (A.F.I.P.) c/ Catamarca, Provincia de y otro (Banco de Catamarca y/o Ente Residual) s/ cobro de pesos", de los que

Resulta:

I) A fs. 27/38 se presenta el Fisco Nacional (Administración Federal de Ingresos Pùblicos) -entidad autárquica nacional- y promueve demanda contra la Provincia de Catamarca y contra el Banco de Catamarca y/o Ente Residual, a fin de obtener el pago de una deuda (\$ 782.735,95) en concepto de intereses moratorios por la transferencia tardía de fondos provenientes de la cobranza de impuestos, en el marco de un convenio de recaudación acordado con el Banco de Catamarca, devengados en el período comprendido entre enero de 1995 y enero de 1998.

Señala que demanda al Estado provincial por ser éste quien garantiza los depósitos y las operaciones que realiza el citado Banco, en tanto y en cuanto, la Provincia responde por sus entidades u organismos centralizados o descentralizados ya que depende del Poder Ejecutivo.

Explica que el 30 de junio de 1987 suscribió un convenio con el entonces Banco de Catamarca por medio del cual se acordó que si este último no ingresaba los montos recaudados dentro de los plazos fijados en el anexo, la mora se produciría de pleno derecho y se aplicaría un interés cuya tasa sería equivalente a la que se fije por el artículo 42 de la ley 11.683 (t.o. 1978) y sus modificaciones, para deudas no actualizadas, por cada día de demora en el ingreso de los fondos.

Afirma que en esa ocasión también se pactó que cuando los referidos intereses no hubieran sido ingresados conjuntamente con el importe recaudado, les sería aplicable a partir de esa fecha, una actualización que se calcularía entre la fecha del

efectivo pago del importe recaudado y la del efectivo pago de los intereses correspondientes, sobre la base de la variación diaria del índice de precios mayoristas -nivel general- elaborado por el B.C.R.A. (artículo 9º).

Por tanto, dice que el citado organismo provincial tenía la obligación de ingresar los tributos recaudados en los plazos perentorios que el contrato preveía, por lo que mal podía, bajo el pretexto de la "inimputabilidad", no pagar los intereses capitalizados.

En otro orden de ideas, arguye que en la nota del 22 de marzo de 2000, el propio Banco le solicitó a la A.F.I.P. que lo eximiera del pago de los intereses que se le reclamaban por lo que expresamente reconoció la deuda.

Recuerda también el principio de buena fe que debe regir en materia de contratos (artículo 1198 del Código Civil) y destaca que no debe ampararse el ejercicio abusivo de un derecho (artículo 1071 del citado código).

Reitera que reclama la suma de \$ 782.735,95 al 30 de septiembre de 2001 e indica que dicho monto se debe depositar conjuntamente con los intereses respectivos hasta el día de su efectivo pago, en la cuenta administrativa nº 1171/74, habilitada por el Banco de la Nación Argentina -Casa Central-.

Reconoce además que intimó a la contraria mediante carta documento del 10 de agosto de 2000, la que fue recibida al día siguiente.

Funda su derecho en los artículos 507, 509, 622, 1071, 1137, 1144, 1197 y 1198, siguientes y concordantes del Código Civil. Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 40 dictamina el señor Procurador General respecto a la competencia del Tribunal.

III) A fs. 56/67 se presenta el Banco de la Provincia

de Catamarca, contesta la demanda y niega los hechos invocados por la actora.

Sostiene que el escrito de fs. 27/38 es oscuro, toda vez que la demandante omitió mencionar que el convenio que firmó con la actora el 30 de junio de 1987 fue modificado por los convenios complementarios del 22 de diciembre de 1988 y del 31 de enero de 1989, respectivamente.

Relata que con posterioridad, el 30 de junio de 1992, las mismas partes firmaron un nuevo convenio de recaudación, el que fue modificado el 9 de diciembre de 1992. El 1º de agosto de 1994 suscribieron otro acuerdo complementario del anterior. En consecuencia, continúa, los convenios antes mencionados no solo establecieron previsiones concretas en relación a la tasa de interés que se aplicaría en caso de mora por el ingreso de los fondos recaudados, sino que también estipularon, según los diferentes objetos de los acuerdos, distintos plazos de rendición de cuentas.

Señala a título de ejemplo, que los plazos para la recaudación de los recursos de la Seguridad Social y del SIJP del acuerdo del 1 de agosto de 1994, no eran los mismos que los pactados en relación al Anexo I-II y II del acuerdo del 30 de junio de 1987, punto 7º. Del mismo modo, continúa, el convenio de 1987 dispuso que las rendiciones de cuentas que el Banco practique deberían ser conformadas por la A.F.I.P. dentro del plazo de un año de practicadas por aquél, mientras que en los convenios de 1992 y 1994 se previó un término de ciento ochenta días.

De tal manera, dice, no surge claro cuál es el recurso que habría sido liquidado fuera de los plazos establecidos, ya que difiere según se trate del I.V.A., retenciones de ganancias, retenciones por faena de bovinos, aportes previsionales, aportes de obra social, contribuciones previsionales, etc. Cuestiona además la liquidación que la actora acompaña a fs. 7/8, así como las que surgen de las planillas de cálculos que se ad-

juntan en un total de tres mil dieciocho fojas, las que, según observa, resultan de "imposible análisis" (fs. 58).

Por otra parte, afirma que la A.F.I.P. nunca lo intimó formalmente por las diferencias que se reclaman en el sub lite sino hasta su presentación en septiembre de 1998, por lo que le son inoponibles -a los fines de la constitución en mora- las supuestas intimaciones que la actora le efectuó por simples notas en fechas anteriores, en las que no consta el funcionario que las recibió en representación del Banco, lo que las torna improcedentes.

Aclara además que la mora automática del deudor por vencimiento del plazo pactado no es aplicable lisa y llanamente, ya que debe hacerse constar la negativa de pago por acto auténtico, o sea que exige una actividad del acreedor cuya omisión es impedimento de las consecuencias de la mora.

Por otro lado, alega que en el artículo 1º del convenio de 1987 se estableció expresamente que su objeto era el cobro mediante depósito bancario de los impuestos cuya recaudación estaba a cargo de la demandante, por lo que el convenio de recaudación se encuentra en la categoría de contrato de gestión o mandato comercial, más precisamente de un "contrato de comisión" (artículo 223 del Código de Comercio), dado que el Banco actuaba como intermediario en los cobros en virtud de un mandato otorgado por un cliente (fs. 59 vta./60).

Arguye que los contratos deben interpretarse conforme a las pautas del artículo 218 del citado código, según el sentido que más convenga a su naturaleza, y a las reglas de la equidad y, en casos dudosos, no puede resolverse según las bases establecidas, sino que deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea de su liberación (incisos 3 y 7).

En este marco se agravia de que no es equitativo para las partes contratantes que existan cláusulas "exorbitantes y lesivas" en el convenio que impliquen que el Banco sea deudor de

un capital que la propia actora indicó en "poco más de \$ 24.000 a la insólita suma de más de \$ 780.000" en el período 1985-2001 (fs. 60/60 vta.); por lo que existe una conducta abusiva y desproporcionada de esta última.

Expone que, contrariamente a lo que sostiene la actora, el Banco de Catamarca actuó de buena fe y prueba de ello es que la demandante no rescindió la relación contractual, sino que la mantuvo hasta que la entidad financiera dejó de operar el 7 de diciembre de 2000.

Por otra parte, afirma que su parte intentó por distintos mecanismos que el reclamo fuera razonable y aclara que los tributos recaudados no demoraban más de cinco días en ser transferidos, no obstante la Administración los consideraba sobre un período de treinta días para el cálculo del interés capitalizable. Explica que algunas sucursales se encontraban a trescientos kilómetros de la Capital (ej. Santa María), por lo que resultaba "imposible" o difícil cumplir con el servicio en los plazos convenidos, sea por los inconvenientes que se presentaban en el sistema de comunicación telefónica o satelital o en los medios de transporte para la rendición de la documentación (fs. 61).

Sostiene que, por tanto, son lesivas y nulas por ser contrarias a la moral y buenas costumbres las cláusulas de intereses moratorios capitalizables contenidas en los convenios. En apoyo de su postura, cita los artículos 954 y 1071 del Código Civil.

En otro orden de consideraciones, asevera que la tasa de interés por mora que surge de la planilla de liquidación que la actora acompaña a fs. 7/8 y que da como resultado la suma de \$ 131.394,21 es "irrazonable". Asimismo cuestiona los cálculos del anexo operativo 424 emitido por nota 4147-1/99 efectuados al 10 de enero de 1999, toda vez que el capital adeudado por las diferentes "salidas" entre el 2 de enero de 1995 y 31 de enero de 1998 asciende a la suma de \$ 24.527,24, mientras que el in-

terés moratorio al 19 de enero de 1999 es de \$ 24.254,91, es decir, que los intereses en un período de estabilidad económica son iguales al "supuesto capital adeudado" (fs. 62 vta.). A su criterio, la tasa que pretende la A.F.I.P. importa una indexación encubierta prohibida expresamente por la ley 23.928.

Asimismo sostiene que el artículo 565 del Código de Comercio establece los intereses que cobran los bancos públicos y solo por el tiempo que transcurre después de la mora, y que aun cuando en el convenio se pactó otra tasa, ésta debe ser morigerada, tal como lo ha decidido de modo reiterado la jurisprudencia.

Por otro lado, arguye que el 3 de marzo de 2000 abonó íntegramente el capital adeudado, por lo que no se explica por qué debe en concepto de capitalización de intereses la suma de \$ 651.341,74 (fs. 64 vta.). Advierte que si bien en la fecha antes indicada pagó la suma ya referida, la A.F.I.P. la intimó el 10 de agosto de ese mismo año a pagar el monto de \$ 388.903,26, y un año después practicó una liquidación que dio como resultado el monto de \$ 651.341,73 al 30 de septiembre de 2001, por lo que por capitalización de intereses debidos se aumentó la suma de \$ 262.438,48, lo que estima abusivo. Recuerda además que la ley 23.928 prohíbe la capitalización de intereses.

Por último, invoca la aplicación de la ley local 5016 y pide que en el supuesto que se haga lugar a la demanda se declare consolidada la deuda de autos, en virtud del estado de emergencia dispuesto por la ley 4849 y el carácter de ente en liquidación ordenado por el Decreto Acuerdo del PEP 1551/00. Ofrece prueba y solicita que se rechace la demanda con costas.

IV) A fs. 86/90 se presenta la Provincia de Catamarca, contesta la demanda y opone las defensas de falta de legitimación pasiva y de prescripción.

Sostiene en relación a la primera que el Estado provincial no está legitimado para responder la demanda en tanto el

Banco de Catamarca fue transferido como unidad de negocios de activos y pasivos al Banco de la Nación Argentina en virtud del Decreto Acuerdo PEP 1551/00 (artículo 1º), por lo que este último es el obligado al pago de la deuda. Aduce además que a la fecha de la presentación de la demanda el Banco de Catamarca mantenía su autarquía y personalidad jurídica, en virtud de que el decreto antes citado fue prorrogado por el Decreto Acuerdo PEP 543/02 (artículo 1º), por lo que la Provincia carece de legitimación para actuar en este juicio.

Respecto a la segunda, señala que la deuda reclamada, por la naturaleza de la relación jurídica que unía a las partes está prescripta de acuerdo a lo establecido en el artículo 847, inciso 2º del Código de Comercio. Añade que tampoco se produjo ningún acto interruptivo en el período 1995-1998.

Por otro lado, niega expresamente el carácter de deudora, impugna los montos pretendidos, y resalta la falta de claridad de los mismos.

Destaca además que nunca fue formalmente interpelada por las diferencias reclamadas por la A.F.I.P. y que a los fines de la constitución en mora le son inoponibles las simples notas adjuntas por la parte demandante.

Ofrece prueba y pide el rechazo de la demanda con costas.

Finalmente, y ante la hipótesis de una condena, esgrime la morigeración de los intereses, toda vez que los que se pretenden cobrar vulneran las garantías constitucionales. Asimismo invoca la consolidación de la deuda en virtud de lo dispuesto en la ley 5016.

V) Corrido el traslado pertinente de las excepciones (fs. 91), la actora lo contesta a fs. 96 (ver asimismo fs. 386/386 vta.).

VI) A fs. 130 la Provincia de Catamarca unifica la

personería y expone que de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Acuerdo del PEP 1435/03 se ordenó el proceso de autoliquidación y de intervención del ex Banco de Catamarca, lo que implica la desaparición como persona jurídica de la institución.

Agrega además que desiste de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta, al haber sido liquidado el banco demandado y transferidos sus pasivos. A fs. 131 se tiene presente.

VII) A fs. 411/413 la señora Procuradora Fiscal dictamina en virtud de la vista que se le corrió a fs. 409.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que, en primer término, corresponde examinar cuál es el término de prescripción aplicable a la acción emergente de la facultad de la A.F.I.P. para cobrar al Banco de Catamarca los intereses moratorios por la transferencia tardía de fondos provenientes de la cobranza de impuestos, en el marco de los convenios que suscribió con la citada institución; que exige evaluar la naturaleza jurídica de la relación en cuestión, para así determinar el régimen jurídico aplicable al caso.

3º) Que de las constancias de autos surge y es un hecho no controvertido que el 30 de junio de 1987 la Dirección General Impositiva (D.G.I.) y el Banco de la Provincia de Catamarca celebraron un convenio de recaudación tributaria mediante el cual este último se obligaba a cobrar mediante depósito bancario –en efectivo o con cheque– los importes correspondientes a los impuestos cuya recaudación estaba a cargo de la Dirección, excepto los Impuestos Internos Nacionales y todos aquellos que por disposición expresa debían ser cobrados exclusivamente por

el Banco de la Nación Argentina o por una institución determinada (artículo 1º). A su vez, el Fisco se comprometía a abonar por la prestación del referido servicio una retribución que se detallaba en los incisos 1 y 2 del artículo 4º.

4º) Que a tal efecto, resulta atinente señalar que mediante el artículo 9º de la Carta Orgánica del Banco de Catamarca (ley 4313) se previó expresamente que la citada institución sería "la caja obligada a la que ingresen las rentas fiscales de la Provincia y los dineros y títulos de todas las reparticiones públicas y podría ser el encargado de las rentas fiscales a comisión y en las condiciones que establezca la Reglamentación" (fs. 9/13).

5º) Que de tal manera y como bien lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 411/413, el contrato celebrado por la entonces Dirección General Impositiva y por el ex Banco de Catamarca, en tanto destinado a cumplir fines de la Administración Pública, reviste caracteres propios que lo sujetan a los principios del derecho administrativo (v. doctrina de Fallos: 263:510 y su cita).

Por lo tanto, el término de prescripción que corresponde aplicar es el decenal (artículo 4023 del Código Civil), dado que el reconocimiento del crédito que invoca la actora nació de la relación instaurada por las partes que se plasmó en los contratos que celebraron y no está previsto expresamente un plazo menor para el caso.

6º) Que en este sentido, cabe recordar que esta Corte ha admitido la aplicación de la legislación civil al ámbito del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 321:174 y 326:3899). Asimismo ha señalado que las normas de derecho privado tienen vigencia en el derecho público por integración del ordenamiento jurídico (artículo 16 del Código Civil y Fallos: 263:510, voto del juez Luis María Boffi Boggero, y sus citas) y que la prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que

se trate (Fallos: 308:1101; 320:2289 y 323:3351, entre otros).

7º) Que, por otra parte, es preciso poner de resalto que a fs. 58 vta. la demandada reconoció expresamente que en septiembre de 1998 tomó conocimiento de los intereses que se le reclamaban (ver fs. 371/372 de la carpeta identificada como "Banco de Catamarca, Cuerpo II"), más allá de que la parte actora -conforme surge del informe pericial de fs. 288/335- la haya intimado en varias ocasiones al pago de las obligaciones (ver las carpetas reservadas en Secretaría identificadas como "Banco de Catamarca, Cuerpo I" y "Banco de Catamarca, Cuerpo II", en adelante carpetas 1 y 2).

Del mismo modo, constituye un hecho no controvertido que el 22 de marzo de 2000, el Banco presentó una nota en la que informó que el 6 de marzo abonó la suma de \$ 24.527,24 -en concepto de capital intimado y solicitó la condonación de los intereses respectivos (fs. 16/19, 332 y 446/448 de la carpeta identificada como "Banco de Catamarca, Cuerpo III")-, lo cual implica un reconocimiento por parte del obligado respecto de la existencia de la deuda.

8º) Que en tales condiciones, en tanto la deuda que se reclama corresponde a los períodos comprendidos entre enero de 1995 a enero de 1998 (fs. 27/27 vta.) y la demanda fue interpuesta el 14 de noviembre de 2001 (fs. 38), no corresponde admitir la prescripción planteada.

9º) Que en cuanto al fondo de la cuestión, resulta oportuno señalar que en el citado acuerdo del 30 de junio de 1987, se estipuló por el artículo 9º que en los supuestos en que el Banco no ingresare los montos recaudados dentro de los plazos fijados en los anexos del contrato, la mora se produciría de pleno derecho y sin necesidad de interpellación previa alguna, salvo caso fortuito o fuerza mayor no imputable al Banco. Se aclaró que, en caso de mora, la Dirección aplicaría un interés cuya tasa sería equivalente a la que se fije por el artículo 42 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones) para deudas

no actualizadas, por cada día de demora en el ingreso de los fondos.

Se dijo además que sería aplicable a todo el período de mora la tasa que rija el día del efectivo ingreso del importe recaudado y que cuando los intereses no hayan sido ingresados conjuntamente con el importe recaudado, a los mismos les sería aplicable a partir de esa fecha una actualización que se calcularía entre la fecha de efectivo pago del importe recaudado y la del efectivo pago de los intereses correspondientes, sobre la base de la variación diaria del índice de precios mayoristas -nivel general- (INDEC), elaborado por el B.C.R.A. (ver fs. 9/11 de la carpeta 1).

Que dicho convenio fue sucesivamente prorrogado y modificado por las mismas partes, mediante los acuerdos complementarios del 22 de diciembre de 1988, del 31 de enero de 1989, del 30 de junio y 9 de diciembre de 1992 y del 1º de agosto de 1994, respectivamente (ver fs. 16, 18, 19/33 y 39/42 de la carpeta 1).

10) Que por tanto, contrariamente a lo que sostiene la actora a fs. 28 vta./30 vta., la deuda que se reclama en autos se rige por los convenios complementarios de diciembre de 1992 y agosto de 1994 (el convenio de junio de 1992 se previó para los recursos de la Seguridad Social y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones).

A tal efecto, resulta oportuno recordar que por el "Convenio complementario del suscripto el 30 de junio de 1992" del 9 de diciembre de 1992, se previó expresamente en el artículo 7º del anexo III, que si el Banco no ingresaba íntegramente los fondos recaudados en los plazos fijados en los anexos de este Convenio, la mora se produciría de pleno derecho sin necesidad de interpellación o reclamo, salvo que la demora se produjera por caso fortuito o fuerza mayor, que debería alegar y probar el Banco por nota u otro medio fehaciente. En el supuesto de mora el Banco abonaría a la Dirección un interés resarcitorio por el capital cuya rendición fuese demorada, sobre la base de la tasa

utilizada por la Dirección, en función de las disposiciones del artículo 1º de la resolución 25/91 de la Subsecretaría de Finanzas Públicas del 5 de abril de 1991, y sus modificaciones posteriores, que reformen o sustituyan la tasa de interés resultante, como asimismo, normas resolutivas, reglamentarias o legales que modifiquen o sustituyan la metodología indicada en el artículo 1º de la citada resolución.

En dicha ocasión se precisó que el interés resarcitorio se aplicaría por todo el período de la mora comprendido entre el día en que debieron acreditarse los fondos recaudados y el día de su efectivo ingreso. Se pactó además que "cuando los intereses citados en el párrafo anterior no fueren ingresados en la misma fecha en que se acrediten los fondos recaudados, el monto de los intereses se capitalizaría cada treinta (30) días corridos y/o fracción menor si correspondiere, aplicando sobre ese capital la misma tasa de interés señalada en el párrafo anterior, hasta el completo pago de la deuda".

11) Que el 1º de agosto de 1994, las mismas partes firmaron el "Convenio Adicional del Complementario Suscripto el 9 de diciembre de 1992", identificado como: "Operatoria de Captación y Direccionamiento de Fondos de los Recursos de la Seguridad Social y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones Recaudados en Anexos Operativos Bancarios Instalados en Dependencias de la Dirección General Impositiva Afectados a la Atención de Contribuyentes Incorporados al Sistema Integrado de Control Especial" (ver fs. 39/42, de la carpeta 1).

En el artículo 4º in fine se estableció que en caso de incumplimiento de los plazos previstos para la puesta a disposición de las transmisiones y/o envíos de información de recaudación al Sistema Central, la D.G.I. aplicaría el interés resarcitorio del artículo 6º por el capital comprendido en las rendiciones demoradas. El interés resarcitorio se aplicaría por el período de mora comprendido entre el día en que debió ingresar la información en el sistema central y el de su efectiva re-

cepción.

En el artículo siguiente se previó que el Banco de Catamarca debería poner a disposición de la Gerencia de Cuentas Corrientes y Compensación de Valores del Banco Central de la República Argentina los fondos recaudados en el primer turno que habilite el citado Departamento, posterior al cierre de operaciones bancarias en la Capital Federal del día de su efectivo cobro o compensación de los cheques de plaza autorizados para su cobro. Se indicó que en caso de indisponibilidad de dichos fondos en el plazo indicado, la Dirección aplicaría el interés del artículo 6º por el período de mora comprendido entre el día en que debieron estar disponibles los fondos hasta el de su efectiva disponibilidad.

A su vez, en el citado artículo 6º se determinó que el resarcimiento de las morosidades de los artículos 4º y 5º, se calcularía sobre la base de la tasa utilizada en función de las disposiciones del artículo 1º de la resolución n° 22/91 de la Secretaría de Ingresos Públicos del 15 de noviembre de 1991 y sus modificaciones posteriores, que reformen o sustituyan la tasa de interés resultante, como asimismo, normas resolutivas reglamentarias o legales que modifiquen o sustituyan la metodología indicada en el artículo 1º de la citada resolución. Asimismo se estipuló que cuando los intereses antes mencionados no fueren ingresados en la misma fecha en que se acrediten los fondos recaudados, el monto de los intereses se capitalizaría cada treinta (30) días corridos o fracción menor si correspondiere, aplicando sobre ese capital la misma tasa de interés señalada en el párrafo anterior, hasta el completo pago de la deuda.

Por el artículo 7º se pactó que "las sanciones incluidas en los artículos 4º y 5º, se producirían de pleno derecho y sin necesidad de interpelación o reclamo previo alguno, salvo que las mismas se produjeran por caso fortuito o fuerza mayor, que deberá alegar el 'Banco' por nota u otro medio fehaciente ante la 'U.T.E.', que serán considerados por 'La Direc-

ción', pudiendo requerir la producción o ampliación de las probanzas que justifiquen la demora, la que resolverá con fundamento jurídico los casos que interprete no justificados...".

Por último, en el artículo 9º se convino que las prestaciones de dicho acuerdo tendrían una duración de cuatro años, plazo del servicio contratado con la U.T.E., contados desde el 1º de agosto de 1994.

En este marco debe resolverse la cuestión debatida.

12) Que de la reseña efectuada surge con meridiana claridad la voluntad de las partes -expresada en los diversos convenios examinados- de no requerir interpellación o intimación alguna para la constitución en mora del deudor, quedando ésta configurada de pleno derecho o de modo automático por el mero incumplimiento en el plazo previsto. Por ello, carece de relevancia para la adecuada decisión de la causa el argumento de la demandada en torno de la falta de algunas intimaciones a dar cumplimiento con la obligación ahora pretendida.

13) Que a fs. 288/335, 361/362, 367 y 370, obra el peritaje efectuado por la contadora designada de oficio Mirta Zunilda Burani, que no fue impugnado por la demandada, de cuyas conclusiones el Tribunal no encuentra razón para apartarse (artículo 477, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Allí la experta, sobre la base de la documentación acompañada, informó que desde el 2 de enero de 1995 al 30 de enero de 1998 los ingresos tardíos en el pago de los tributos que recaudaba la demandada ascendieron a setecientos trece (ver anexo II, fs. 291); que la demandante intimó a la contraria cincuenta veces por incumplimiento en los depósitos (ver anexos I y V, fs. 288/290); que los contratos en los que las partes pactaron los importes por rendición de cuentas tardías correspondientes a dicho período fueron el "Convenio complementario del suscripto el 30 de junio de 1992", de diciembre de 1992 y el "Convenio Adicional del Complementario Suscrito el 9 de diciembre de 1992", de agosto de 1994, y que las diferentes tasas de interés

que -se aplicaron fueron- las que se describen en el cuadro de fs. 331/331 vta.

Explicó que "el método utilizado por la actora para el cálculo de los intereses capitalizados e intimados a la demandada consistía en la capitalización mensual de los mismos, utilizando a tal efecto la misma tasa de interés resarcitorio que la A.F.I.P. cobraba a los contribuyentes por deudas impositivas y/o previsionales"; que ello se previó en los convenios antes mencionados y que en el peritaje se siguió el mismo método a los efectos de confeccionar los anexos "Liquidación I" y "Liquidación II" en los cuales se detallan los ingresos tardíos.

Señaló también, que en la nota del 22 de marzo de 2000, el Banco de Catamarca informó que el 6 de marzo había cancelado el capital reclamado de \$ 24.527,24 y solicitó la exención del pago de los intereses adeudados. Aclaró además, que los montos indicados en el Anexo Operativo 424 como capital adeudado y luego abonado, se correspondían con los cotejos realizados.

Por otra parte, y en relación a cómo se determinaron los días de mora incumplidos, la experta respondió que "de acuerdo al cotejo de los listados 'Movimiento de Banco Código 424', la mora se establecía entre el día en que el mismo debió haber realizado el depósito de la recaudación según convenio y el día de la transferencia a la A.F.I.P., considerándose días corridos. Y luego la mora entre el día en que debió ingresar el Banco los intereses por mora (el día de la transferencia tardía) y el día de la intimación correspondiente, considerándose siempre días corridos". Asimismo señaló que la D.G.I. capitalizó en períodos de treinta días los montos de intereses desde el momento en que debieron ser abonados, aplicando la misma tasa.

Reprodujo a continuación el artículo 623 del Código Civil, el artículo 18 de la ley 25.065 y el artículo 37 de la ley 11.683 y precisó que las normas vigentes permiten la aplicación del régimen de capitalización de intereses solo en los casos en que están pactados entre partes o cuando las deudas se

liquiden en forma judicial.

Finalmente, a fs. 367 la perito contable aclaró que las liquidaciones I y II corresponden a conceptos diferentes, dado que en la primera se realizó la liquidación de los intereses capitalizados correspondientes a la transferencia del capital adeudado al 6 de marzo de 2000 (fs. 317), mientras que en la segunda se contemplaron los ingresos tardíos producidos entre el 2 de enero de 1995 y el 20 de enero de 1998 (fs. 329), por lo que los importes obtenidos en cada una de ellas deben sumarse.

14) Que con relación a ello es dable recordar que es doctrina de esta Corte que cabe reconocer validez a las conclusiones del experto para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que solo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos, circunstancia que, a criterio de este Tribunal, no concurren en el caso (Fallos: 319:469; 320:326; 332:1571 y 1688, entre otros).

Por tanto, al no haber impugnado la Provincia de Catamarca la referida peritación en cuanto a la determinación de los atrasos en los depósitos de los tributos, corresponde tener por reconocida la mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por ella contraídas.

15) Que no empece a lo expuesto la observación que la actora formula a fs. 353/354 en relación al punto 6) del peritaje contable (Liquidación I y Liquidación II, fs. 317 y 329), en tanto cuestiona que hay un error en el cálculo de los intereses capitalizados adeudados, por lo que los montos que deben computarse son \$ 203.163,41 y \$ 2.388.452,78; toda vez que la experta en la corrección introducida a fs. 361/362 subsanó el primero lo que dio como resultado la suma de \$ 202.639,74, y respecto al segundo ratificó que los intereses fueron calculados conforme a los parámetros previamente acordados.

Respecto a las impugnaciones de fs. 365 y 372 en las

que la demandante insiste en que la cifra correcta es la de \$ 203.163,41, el Tribunal no encuentra razón para apartarse del cálculo efectuado por la perito, en virtud de los conceptos dados en los considerandos precedentes y de la escasa significación de la diferencia que asciende a \$ 523,67 (arg. causas C.247.XXXVI "Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ La Rioja, Provincia de s/ ejecutivo", sentencia del 12 de septiembre de 2002 y A.30.XXIII "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Santa Fe, Provincia de s/ cobro de australes - cuota sindical", sentencia del 26 de febrero de 2008).

16) Que en relación a los agravios de la demandada en orden a la aplicación de las tasas de interés y a la capitalización de los intereses en el caso, no corresponde hacer lugar a su morigeración. Ello es así, toda vez que, los intereses resarcitorios de que se trata, tienen su origen y cuantía legal, es decir surgen de la normativa fiscal específica. Respecto a su capitalización, fue expresamente acordada por las partes en los convenios de 1992 y 1994, por lo que es una estipulación válida tras la modificación del artículo 623 del Código Civil introducida por la ley 23.928, no encontrándose comprometido el orden público, la moral o las buenas costumbres (ver también el dictamen de la señora Procuradora Fiscal de fs. 411/413).

17) Que en ese sentido, cabe recordar que el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Tributario 11.683, t.o. por el decreto 2861/1978 (artículo 37 en el t.o. por el decreto 821/98), dispone 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. La tasa de interés y su mecanismo de aplicación serán fijados por la Secretaría de Hacienda; el tipo de interés que se fije no podrá exceder el doble de la mayor tasa vigente que perciba en sus operaciones el Banco de la Nación Argentina...La obligación de abonar estos intereses subsiste no obstante la falta de reserva por parte de la Dirección General Impositiva al percibir el pago de la deuda

principal y mientras no haya transcurrido el término de prescripción del cobro de ésta".

18) Que sobre la base de la previsión contenida en el citado artículo 42 de la ley 11.683, la autoridad fue fijando a lo largo del tiempo, la tasa correspondiente a los intereses resarcitorios de deudas fiscales. Así, por ejemplo, en 1991 dicha tasa fue fijada en el 7% mensual (conf. resolución S.S.F.P. 25/91 -B.O., 9 de abril de 1991-) y después reducida al 4% y 3% mensual (conf. resolución S.S.F.P. 92/91 -B.O., 30 de agosto de 1991-; y resolución S.I.P. 22/91 -B.O., 18 de noviembre de 1991-). Más tarde, el interés resarcitorio fue establecido en el 2% (resolución M.E.O.S.P. 459/96 -B.O., 28 de noviembre de 1996-) y dicho porcentaje se reiteró también en la resolución M.E.O.S.P. 366/98 (B.O., 23 de marzo de 1998). Mediante la resolución 1253/98 (B.O., 2 de octubre de 1998) el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos fijó en el 3% mensual el interés resarcitorio del artículo 37 de la ley 11.683. A su vez, esta última tasa fue aumentada por la resolución M.E. 110/02 (B.O., 26 de junio de 2002) que la fijó en el 4%. Según se lee en los considerandos de la resolución precedentemente indicada, tal incremento se hizo para "...adecuar las referidas tasas a las condiciones económicas actuales, a fin de estimular el cumplimiento en término de las obligaciones tributarias y evitar que los contribuyentes morosos financien sus actividades mediante el incumplimiento de los impuestos...". Luego, la resolución M.E. 36/03 (B.O., 26 de enero de 2003) la redujo al 3% mensual y la resolución M.E.P. 314/04 (B.O., 4 de mayo de 2004) —que derogó a la anterior— la disminuyó al 2% mensual.

Con posterioridad, la resolución del Ministerio de Economía y Producción 578/2004 (B.O., 24 de agosto de 2004), fijó —a partir del 1º de septiembre de 2004— en el 1,50% mensual la tasa del artículo 37 de la ley 11.683. En los fundamentos de esta última se señaló que "se hacía necesario adecuar nuevamente las referidas tasas a las condiciones económicas imperantes, en virtud de constatarse una baja de las tasas de interés usuales

para operaciones de préstamos, con el objeto de no agravar la situación económico financiera de los contribuyentes en su relación con el fisco". Finalmente, la resolución 841/2010 M.E y F.P. (B.O., 30 de junio de 2006) que rige hasta el presente, lo estableció en un 3% "a fin de estimular el cumplimiento en término de las obligaciones y evitar que los contribuyentes morosos financien sus actividades mediante el incumplimiento de los impuestos" (ver el peritaje contable de fs. 331/331 vta. y Fallos: 329:1506, disidencia del juez Lorenzetti, considerando 6°).

19) Que en Fallos: 316:42 esta Corte ha señalado que se justifica que las leyes tributarias contemplen medios coercitivos para lograr la satisfacción oportuna de las deudas fiscales cuya existencia afecta de manera directa al interés de la comunidad porque gravitan en la percepción de la renta pública; de ahí que, con ese propósito, sea válida la aplicación de tasas de interés más elevadas, lo que, por otra parte, no favorece a personas determinadas sino a la sociedad toda (doctrina de Fallos: 308:283).

En dicha oportunidad también se indicó que "desconocer esos gravámenes, dificultaría el cumplimiento de los fines sociales atribuidos al impuesto y prescindir de los mecanismos que, para la aplicación de aquellos accesorios, establecen las leyes vigentes, con lo que se contraría la doctrina con arreglo a la cual no resulta admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal, si no media debate y declaración de inconstitucionalidad" (Fallos: 300:687; 301:958 y 307:2153, entre otros).

Se dijo además que los principios antes enunciados y el carácter resarcitorio de los intereses en examen ha permitido que esta Corte en Fallos: 315:2555 estableciera la doctrina con arreglo a la cual "no corresponde disminuir la tasa de interés '...so color de la modificación introducida al art. 623 del Código Civil por la ley 23.928', porque ello importaría tanto como prescindir del texto legal".

20) Que de lo expuesto precedentemente se extraen dos conclusiones: a) que el derecho tributario presenta particularidades que 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 (arg. Fallos: 328:1476); y b) que los intereses "resarcitorios" han sido establecidos con el propósito de estimular el cumplimiento en término de las obligaciones tributarias. Su desconocimiento o reducción —como pretende la demandada— importaría olvidar su naturaleza, la razón legal que los justifica, y el carácter que este Tribunal ha asignado a normas similares (Fallos: 326:3653 y sus citas y 328:3297, entre otros).

21) Que en esas condiciones, no se advierten en el caso situaciones que justifiquen ejercer, tal como pretende la demandada, la facultad morigeradora reconocida a los jueces por los artículos 656, 953 y 1071 del Código Civil.

22) Que respecto a la capitalización de los intereses convenidos entre la A.F.I.P. y el ex Banco de Catamarca, resulta previo señalar que en materia de interpretación de las leyes tributarias puede decirse —con palabras de esta Corte— que su exégesis debe efectuarse a través de una razonable y discreta interpretación de los preceptos propios del régimen impositivo y de las razones que lo informan con miras a determinar la voluntad legislativa; debiendo recurrirse a los principios de derecho común, con carácter supletorio posterior, cuando aquellas fuentes no resulten decisivas (Fallos: 259:149).

Tal regla metodológica reconocida en el artículo 11 de la ley 11.683 (t.o. en 1978), consagra la primacía en dicho terreno jurídico de 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: 237:452; 249:189; 280:82; 290:97; 295:755; 304:1059 y 307:412, entre otros).

23) Que, en mérito a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 37 de la ley 11.683 (incorporado por el Título XV, art. 18, inc. 2º, de la ley 25.239), y que se encuentra fuera de debate que durante el período de la litis –enero de 1995 a enero de 1998– regía, como ya se dijo, un acuerdo "expreso" entre las partes que autorizaba la capitalización de los intereses "cada treinta días corridos y/o fracción menor si correspondiere" y la aplicación de la misma tasa de interés resarcitorio que la A.F.I.P. cobraba a los contribuyentes por deudas impositivas y/o previsionales. Así también lo señaló la experta en la pericia contable, que no fue impugnada por la contraria (fs. 330 vta./333 vta.).

Por consiguiente, la falta de cumplimiento oportuno de la obligación provoca, además de los intereses en cuestión, la aplicación del régimen de capitalización de intereses cada treinta días, ya que tanto ésta como aquéllos, constituyen los efectos derivados del incumplimiento del convenio por parte del deudor.

24) Que por lo demás, es dable recordar que el Banco de Catamarca recibía una retribución por el servicio de cobranza de impuestos que prestaba (ver el artículo 4º del convenio del 30 de junio de 1987, el artículo 3º del anexo III del acuerdo de 1992 y el artículo 4º del convenio de 1994), y que su deber era cumplir con las obligaciones pactadas con la mayor diligencia en virtud de la naturaleza de la actividad que desplegaba. Mal puede pretender que se lo exima del pago de los intereses capitalizados a los que se obligó, ya que importaría premiar su negligente conducta.

Los bancos deben dar cumplimiento a sus obligaciones con celo y diligencia por tratarse de la actividad que realizan habitualmente, siendo esa su función profesional. Por ende, corresponde presumirlos dotados de una pericia especial para el

desempeño de dicha función, de lo que se desprende que los deberes que le son impuestos deben ser juzgados de manera tal que los constriña a un estricto, ineludible y puntual acatamiento de los compromisos asumidos.

25) Que por último, este Tribunal no puede dejar de señalar que uno de los peores males que el país soporta es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos que proviene de la extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y que los jueces tienen el deber de contribuir a la eliminación o en todo caso a la aminoración de ese dañoso factor (arg. Fallos: 313:1420). En el caso, la demora se produjo, cuanto menos, por la inoperancia de la entidad bancaria, que recibió el pago del contribuyente y efectuó la transferencia del impuesto en forma tardía y en reiteradas oportunidades.

26) Que las consideraciones precedentes son suficientes para resolver el caso y tornan innecesario el tratamiento de los restantes argumentos expuestos por la demandada.

27) Que respecto del monto por el que debe progresar la demanda corresponde estar, hasta la fecha considerada en el informe pericial, al resultado allí previsto de \$ 2.528.810,33 en concepto de intereses capitalizados cada treinta días, de los cuales \$ 202.639,74 corresponden por la transferencia del capital adeudado que se realizó recién el 6 de marzo de 2000 (fs. 361), y los restantes \$ 2.326.170,59 por los ingresos tardíos de los tributos transferidos en el período de enero de 1995 a enero de 1998 (fs. 329).

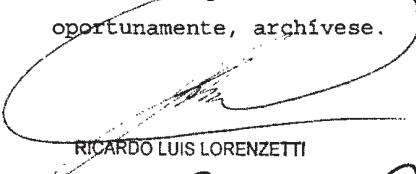
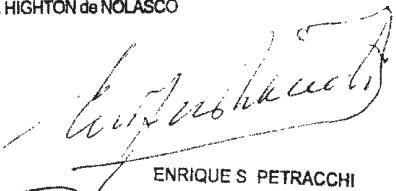
A dicho monto se le debe agregar además, las sumas que, por igual objeto, se hayan devengado con posterioridad a los períodos considerados en el dictamen pericial y hasta la efectiva cancelación (arg. Fallos: 330:3609).

28) Que, por último, en relación al planteo del Estado provincial en el sentido de que la deuda que se reclama en el sub lite estaría alcanzada por el régimen de consolidación de la

deuda pública provincial (ley local 5016), no puede ser atendido. Ello es así, toda vez que esta Corte ha establecido reiteradamente que el pago de esa deuda en el orden nacional no puede afrontarse con bonos de la deuda pública de los estados provinciales, pues las leyes 23.982 y 25.344 no los reconocen como medio de pago para ese fin (confr. Fallos: 325:5 y 3532; 329:3884 y arg. causas C.689.XXII "Chacofi S.A.C.I.F.I. c/ Dirección de Vialidad de la Provincia de Corrientes s/ ejecución)", pronunciamiento del 17 de diciembre de 1996; M.252.XXIII "Mandatario de Negocios S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ ejecutivo", sentencia del 19 de mayo de 1997 y L.338.XXI "La Plata Remolques S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/ repetición", pronunciamiento del 24 de febrero de 1998, entre otros).

Por ello, y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: I.- Desestimar la defensa de prescripción; II.- Hacer lugar a la demanda seguida por la A.F.I.P. contra la Provincia de Catamarca, condenándola a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de dos millones quinientos veintiocho mil ochocientos diez pesos con treinta y tres centavos (\$ 2.528.810,33), además de las sumas que, por igual concepto, determine la perito contadora que intervino en estas actuaciones, en la etapa de ejecución, como devengadas con posterioridad al dictamen pericial y hasta la fecha de presentación de ese nuevo cálculo. Con costas (artículo 68,

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.


RICARDO LUIS LORENZETTI
ELENAI. HIGHTON de NOLASCO
CARLOS S. FAYT
ENRIQUE S. PETRACCHI
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI

Nombre del actor: **Fisco Nacional (A.F.I.P.)**.

Nombre del demandado: **Banco de Catamarca y Provincia de Catamarca.**

Profesionales: doctores Jorge A. Marini; Alejandro Founburg; Leticia E. Llopis; Adriana G. de La Iglesia; María E. Suárez; Adriana Monllau; Graciela B. Rodríguez; María E. Suárez; Cristian M. Morasso; Mario E. Sánchez Cimeti y Juan Pablo Vega.

FUNDACION EMPRENDER (TF 20679-I) c/ DGI

REPETICION DE IMPUESTOS

La modificación introducida en el art. 81 de la ley 11.683 por la ley 25.795 -en cuanto a que los impuestos indirectos sólo pueden ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando éstos acreden que no trasladaron el impuesto al precio, o bien cuando lo trasladaron, acreden su devolución en la forma y condiciones establecidas por la AFIP- no resulta aplicable en casos en que dicha ley (publicada en el Boletín Oficial el 17 de noviembre de 2003) es posterior tanto a los pagos cuya repetición pretende el accionante, como a la resolución administrativa que rechazó el reclamo y al recurso planteado ante el Tribunal Fiscal, ya que al tratarse de un nuevo recaudo ello importaría un menoscabo de la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 269/273, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó de manera parcial lo decidido oportunamente por el Tribunal Fiscal de la Nación (ver sentencia de fs. 175/180) y, en consecuencia, hizo lugar a la repetición solicitada por la Fundación Emprender con relación a sumas indebidamente ingresadas en concepto de IVA por diversos períodos comprendidos entre agosto de 1996 y octubre de 1998 a raíz de la prestación de servicios financieros, actividad por la que estaba liberada en virtud de haberse considerado exenta en el impuesto a las ganancias.

Destacó que la apelante centraba su argumentación en asimilar la acción intentada a un supuesto de enriquecimiento sin causa, y señaló que en materia impositiva el recaudo exigido era el pago indebido o sin causa, sin discutir si quien abonó sufrió o no una merma en su patrimonio.

Sostuvo que, al momento en que se habían producido los hechos, no era condición para la procedencia de la repetición que el contribuyente acreditara la falta de traslación del tributo, puesto que no se encontraba vigente la reforma introducida al art. 81 de la ley 11.683 por la ley 25.795 -B.O. del 17 de noviembre de 2003-, la que dispuso tal requisito.

Añadió, a todo evento, que mientras la prueba producida en torno a los extremos de hecho configurados en la causa no arrojaba la necesaria claridad ni contundencia en punto a la real y efectiva traslación del IVA a los beneficiarios de la fundación, la absorción del tributo por parte del sujeto exento resultaba del estudio de la realidad económica involucrada en la actividad que realizaba. Por ello, consideró que la admisión del recupero aparecía como una solución que se ajustaba a los principios generales de la materia.

Con respecto a los intereses que correspondía computar para la repetición de los tributos revocó lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación, al entender que eran de aplicación las tasas fijadas por las resoluciones de la Secretaría de Hacienda (art. 179 de la ley 11.683, t.o en 1998 y sus modificaciones)

Finalmente, desechando los agravios traídos por la fundación, resolvió que los intereses debían computarse desde la presentación del reclamo de repetición en sede administrativa y que no correspondía la actualización en virtud de la prohibición en tal sentido contenida en la ley 23.928.

- II -

Disconforme con lo decidido, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 278/292 vta.

En lo fundamental, sostiene que la sentencia hizo lugar a la repetición intentada sin tomar en cuenta que el impuesto al valor agregado había sido, por su propia mecánica, trasladado por la fundación a quienes contrataban sus servicios -extremo que, afirma, había probado en autos-. Señala que, además, la actora no acreditó que dicha traslación no se hubiera operado, tal como lo exige el actual texto del art. 81 de la ley tributaria de rito, requisito que considera de aplicación inmediata en virtud del principio que informa que la ley nueva debe aplicarse a los casos en trámite administrativo y judicial en tanto las decisiones adoptadas en ellos no hubieran pasado en autoridad de cosa juzgada, como ocurre en autos.

- III -

Dado que a fs. 307/307 vta. la Cámara concedió parcialmente la apelación extraordinaria por el agravio referido a la inteligencia de normas federales, el Fisco Nacional interpuso el pertinente recurso de hecho por el rechazo de la tacha de arbitrariedad de sentencia, expediente F.445, L.XLVI, "Fundación Emprender (T.F. 20.679-I) c/ Dirección General Impositiva s/ queja", que corre agregado por cuerda y que, por razones de economía procesal, será tratado aquí de manera conjunta.

- IV -

A mi modo de ver el recurso extraordinario resulta formalmente admisible puesto que se halla en discusión la interpretación de normas federales (art. 81 de la ley 11.683, según el texto dado por la ley 25.795) y la inteligencia dada por la cámara ha sido contraria al derecho en que la apelante fundó en aquélla.

- V -

Entiendo que las cuestiones aquí debatidas resultan sustancialmente análogas a las ya examinadas en mi dictamen del 17 de febrero de 2010, *in re* M.282, L.XLVI, "Municipalidad de Monte Cristo c/ DGI" —en especial IV, V y VI-, a cuyos fundamentos me remito en cuanto fueren aplicables al *sub iudice*.

Si bien con lo hasta aquí dicho bastaría, a mi modo de ver, para confirmar la sentencia apelada, cabe añadir, con respecto al argumento del Fisco vinculado con la aplicación inmediata a esta causa del recaudo incorporado en el art. 81 de la ley 11.683 por la ley 25.795, que si bien desde antiguo V.E. tiene dicho que las normas procesales son de

aplicación inmediata a partir de su entrada en vigencia, aun a los juicios pendientes, también ha hecho salvedad en los supuestos en que existen actuaciones válidamente cumplidas con arreglo a la ley anterior, ya que su estabilidad se vincula con las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. Fallos: 288:407; 256:537; 257:136; 261:291; 275:109 y 499; 278:183; 281:92 y 95; 287:200; 288:407; 298:82; 300:67, entre muchos otros).

Considero que dicha excepción debe aplicarse al *sub lite*, toda vez que el recurso de apelación del art. 76, inc. b), de la ley de procedimientos tributarios fue interpuesto el 2 de septiembre de 2002 (v. cargo de fs. 62 vta.), momento en el cual precluyó la posibilidad del contribuyente de ofrecer la prueba que hace a su derecho, conforme a lo establecido por los arts. 159, inc. c), 166, 173 y cc. de dicha ley, es decir con anterioridad a la sanción de la norma procesal cuya aplicación pretende la demandada. En otras palabras, la pretensión del Fisco importaría una clara violación al derecho de defensa de la actora, al exigirle *ex post facto* el cumplimiento de un extremo no previsto por la ley vigente al momento del inicio de esta causa.

- VI -

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible la apelación extraordinaria y confirmar la sentencia en cuanto fue materia de recurso.

Buenos Aires, 23 de mayo de 2011

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Fundación Emprender (TF 20.679-I) c/ DGI".

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar par-

cialmente la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, hizo lugar al reclamo efectuado por Fundación Emprender a fin de que se le restituyan los importes abonados en concepto del impuesto al valor agregado en los períodos fiscales comprendidos entre agosto de 1996 y octubre de 1998, ambos inclusive.

2º) Que para así resolver, tras realizar una síntesis de las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinales referentes a los requisitos para que proceda la repetición de impuestos, puntuó que, en su criterio, no resultaba exigible la prueba del "empobrecimiento", máxime teniendo en cuenta que la modificación introducida en la ley 11.683, que incorporó ese recaudo, no resultaba aplicable al caso de autos por tratarse de hechos anteriores a su entrada en vigencia. En efecto, puso de relieve que el recurso ante el Tribunal Fiscal se dedujo el 2 de septiembre de 2002, en tanto que la ley 25.795 –que introdujo la aludida modificación– fue publicada en el Boletín Oficial el 17 de noviembre de 2003. Sin perjuicio de ello, con relación a los extremos de hecho configurados en la causa, señaló que el peritaje contable no era contundente en cuanto a la real y efectiva traslación del impuesto a los beneficiarios de la fundación actora, de lo que se sigue que en modo alguno podría afirmarse que admitir la repetición "genere un supuesto de indebido enriquecimiento por parte del reclamante" (fs. 272).

3º) Que contra dicho pronunciamiento, el Fisco Nacional interpuso recurso extraordinario, que fue concedido en lo atinente a la controversia acerca de la interpretación y alcance de normas de carácter federal y denegado respecto de la causal de arbitrariedad (confr. fs. 307).

4º) Que, con el alcance con el que fue concedido, el recurso resulta formalmente admisible pues –tal como lo señaló el a quo– se encuentra en tela de juicio el alcance e interpretación de una norma de carácter federal, como lo es el art. 81,

último párrafo, de la ley 11.683, según el texto incorporado por la ley 25.795 (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

5º) Que, en primer lugar, corresponde aclarar que a raíz del reconocimiento de la exención impositiva en favor de la Fundación Emprender por parte del organismo recaudador, mediante resolución 052/02, se encuentra al margen de la controversia que los pagos cuya repetición se pretende han sido efectuados sin causa. De tal manera, los agravios de la AFIP se limitan a considerar improcedente la acción deducida por la mencionada entidad, pues en su criterio, la modificación del art. 81 de la ley 11.683, efectuada por la ley 25.795, resulta de aplicación inmediata, aun a los casos en trámite administrativo o judicial, en tanto las decisiones no hayan pasado en autoridad de cosa juzgada. En tal sentido, aduce que de las pruebas producidas en autos surge que la accionante ha trasladado la carga del impuesto a

6º) Que al ser ello así, se suscita en los presentes autos una cuestión que guarda analogía con la considerada por este Tribunal en la causa M.282.XLVI "Municipalidad de Monte Cristo (TF 18.706-I bis) c/ DGI" sentencia del 30 de octubre de 2012, a cuyos fundamentos corresponde remitirse, en lo pertinente, por razones de brevedad, lo que conduce a desestimar el planteo formulado por el organismo recaudador.

7º) Que, en efecto, tal como se señaló en el citado precedente, la modificación introducida en el art. 81 de la ley 11.683 por la ley 25.795 no resulta aplicable en casos como el de autos, en los que la referida ley (publicada en el Boletín Oficial el 17 de noviembre de 2003) es posterior tanto a los pagos cuya repetición pretende el accionante (que corresponde a períodos comprendidos entre los años 1996 y 1998), como a la re-

solución administrativa que rechazó el reclamo, que es de fecha 8 de agosto de 2002 (fs. 31/38), y al recurso planteado ante el Tribunal Fiscal (confr. cargo obrante a fs. 62 vta., del 2 de septiembre de 2002).

Sobre el particular cabe agregar, ante la insistencia de la AFIP en sostener la aplicación inmediata de la reforma, que al tratarse de la incorporación de un nuevo recaudo para la procedencia de las acciones de repetición, dicha disposición legal no puede ser aplicada a las acciones que se hubiesen iniciado con anterioridad a su vigencia pues ello importaría un menoscabo de la garantía de defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

8º) Que, finalmente, y toda vez que esta causa fue iniciada por una fundación -entidad de bien público y sin fines de lucro- resulta aplicable a su respecto lo expresado en los considerandos 10 y 11 de la sentencia dictada en el citado caso "Municipalidad de Monte Cristo", donde, con sustento en el precedente "Banco Hipotecario Nacional c/ Provincia de La Rioja" (Fallos: 294:20), se afirmó, en razón de la naturaleza del sujeto que promovió las actuaciones, que "el empobrecimiento cabe razonablemente inferirlo del solo hecho del pago", motivo por el cual resultaría inoficioso extenderse en la consideración de las distintas posiciones que pueden encontrarse en los repertorios de fallos de este Tribunal acerca de los recaudos exigibles para la procedencia de la acción de repetición de impuestos. Del mismo modo, resultaría inoficioso detenerse en el examen de los restantes agravios del apelante, pues, en la indicada comprensión, son ineficaces para modificar la suerte del pleito.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance

con el que fue concedido y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por: la AFIP-DGI, representada por la Dra. Chiesa, María Julia, con el patrocinio letrado de la Dra. Mosqueira, María Gabriela.

Traslado contestado por la Fundación Emprender, representada por el Dr. Ricardo Mihura Estrada.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D.

GALEANO GONZALEZ, PEDRO NOLASCO c/ FUTURA

AFJP S/ACCIÓN DE AMPARO

ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES

Al mantener en cabeza de la A.F.J.P. la responsabilidad por una deuda que fue transferida -ipso iure- a la Administración Nacional de Seguridad Social, la cámara prescindió de las disposiciones de la ley 26.425, que resultaban de inexcusable aplicación al caso habida cuenta del carácter de orden público de las normas atinentes al Sistema Integrado Previsional Argentino (art. 20) con la consiguiente lesión de la garantía de propiedad y soslayando lo dispuesto por el art. 19 de la ley citada, en cuanto establece que “la Administración Nacional de la Seguridad Social se subroga en las obligaciones y derechos que la ley 24.241 y sus modificatorias les hubiera asignado a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones”.

RIESGOS DEL TRABAJO

Si ante el deceso del trabajador, la regla impugnada también reconoce una renta periódica mensual a los derecho-habientes, a partir de la suma correspondiente a la prestación dineraria obtenida en el marco de los arts. 15, ap. 2, 18 y 19 de la ley 24.557, resultan aplicables por analogía los principios que emanen del precedente “Milone” (Fallos: 327:4607) y se configura un claro agravio constitucional, pues la aplicación de las normas cuestionadas lleva a un verdadero empobrecimiento de la víctima, y no se demuestra idónea para satisfacer las necesidades actuales, presentes e inmediatas de quien reclama, originando una evidente desprotección y desnaturalización que conlleva a la desintegración del resarcimiento, al perder éste su significación económica.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Los Jueces de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al confirmar la sentencia de primera instancia, admitieron el reclamo de pago único de la indemnización por accidente fatal ocurrido en ocasión del trabajo, con fundamento en el precedente “Milone” (Fallos 327:4607) condenando a Futura A.F.J.P. SA y a la Administración Nacional de la Seguridad Social – ANSES – (v. fs. 394/396 y fs. 348/351).

Para así decidir, los jueces destacaron en primer lugar que la co-

demandada Futura AFJP no cuestionó el reproche que le hizo el juez de primera instancia en cuanto a la conducta desplegada. Destacó ese magistrado que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo "ART QBE S.A." le transfirió en el año 2007 la suma de \$ 197.761,55, sin que la AFJP arbitrara los medios necesarios para abonar dicha suma a los derechohabientes, ni demostrara haber efectuado el pago de la renta periódica ni un pago único. Le atribuyó también responsabilidad por la falta de adquisición de la indemnización, antes del traspaso del dinero a la ANSES en virtud de la ley 26.425 (v. fs. 350vta.). En igual sentido, entendieron que no fue una crítica seria la deducida por la ANSES en cuanto debe afrontar las implicancias patrimoniales de un resarcimiento de carácter "desmembrado" que, por otro lado, no tiene posibilidad de administrar.

Sin perjuicio de las observaciones formales a los agravios deducidos por las condenadas, señalaron que en el caso resultaba aplicable la doctrina de la Corte sentada en el caso "Milone" (Fallos: 327:4607) según el cual el pago en renta de la indemnización por accidente implica una injerencia reglamentaria irrazonable que desnaturizaba la finalidad tutiva prevista en el art. 14 bis de la CN al no encontrar sustento en ningún fin tutelar legítimo.

Contra tal pronunciamiento ambas co-demandadas dedujeron el recurso extraordinario federal, el que contestado por la actora, fue denegado en lo que respecta a las cuestiones referidas a los planteos por arbitrariedad y concedidos en cuanto se debate la constitucionalidad de la LRT involucradas al resolverse el caso "Milone" por la Corte y derechos constitucionales comprometidos (v. fs. 405/414 y fs. 423/428, respectivamente, y fs. 449).

-- II --

La co-demandada Futura AFJP plantea como cuestión federal la interpretación de la ley 26.425 –Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)– de Reforma Previsional por cuanto con la decisión impugnada se ignoró que el artículo 18 de la citada norma dispone que: "La Administración Nacional de la Seguridad Social se

subroga en las obligaciones y derechos que la ley 24.241 y sus modificatorias les hubiere asignado a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones". Señala que tal subrogación fue admitida por la ANSES y además que también le fue transferido el capital oportunamente integrado por la ART. Afirma que la condena a su parte, con dichos antecedentes, resulta una violación del derecho de propiedad. Agrega que la Ley de Reforma Previsional no sólo ordena la subrogación sino que además dispone la transferencia de los recursos a la ANSES (art. 4º). Además dice, los beneficios de pensión por fallecimiento que, a la fecha de vigencia de ella, liquidados por las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones bajo las modalidades de retiro programado, deben ser pagados por el régimen previsional público, lo que es corroborado, sostiene, por el decreto 2104/08 respecto del beneficio de pensión por fallecimiento. También plantea la arbitrariedad de la sentencia en cuanto entiende que existió un apartamiento de las constancias de la causa, pues en la demanda se solicitó que la indemnización por fallecimiento se realizara en un solo pago planteando la inconstitucionalidad del sistema especial que dispone el pago en rentas mensuales, el que en consecuencia, debía ser realizado por quien se encuentra como depositario, la ANSES. La AFJP, agrega, no podía realizar ningún pago único al no tener orden judicial alguna que autorice dicha circunstancia no permitida por la ley. Indica por otro lado que no se efectivizó el pago de la renta periódica como jamás el actor inició trámite alguno en ese sentido. Asevera que también se omitió el tratamiento del planteo con fundamento en que no había legitimación activa ni pasiva en la medida que en virtud de la Reforma Previsional se habían transferido los fondos a la ANSES. Sostiene que el fundamento del fallo está apoyado en que el accidente y el depósito del Capital por la ART ocurrieron antes del dictado de la ley 26.425 de Reforma Previsional sin advertir que en el reclamo se solicitó la entrega del capital en un pago único de quien a la fecha de la sentencia resulte responsable de satisfacer ese capital al trabajador. Finalmente plantea que la omisión de tratamiento de la ley 26.425 citada resulta una inequidad manifiesta que habilita la apertura de la instancia de excepción.

De su lado, la ANSES también se agravia con fundamento en la arbitrariedad de sentencia porque a su entender se aplicó de manera analógica el precedente "Milone" (Fallos: 327:4607) al caso de autos sin tener en cuenta el nuevo sistema creado por la ley 26.425 de creación del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). Afirma que se omitieron las constancias de la causa y que no es admisible declarar la inconstitucionalidad de una norma en abstracto desde que ello debe ser la última ratio legal fundada en pruebas adecuadas que la justifiquen. Señala que la decisión no constituye una derivación razonada del derecho vigente lo que importaría, en opinión de la recurrente, una gravedad institucional porque afecta el presupuesto previsional del cual su mandante es un mero administrador. Invoca en su apoyo el decreto 2103/08 en cuanto se perturbarían los recursos del ANSES que son administrados como patrimonios de afectación específica, máxime que expresamente se dispone cómo se abonará la pensión por fallecimiento de las personas que se encontraban en el Régimen de Capitalización.

– III –

En primer lugar, cabe advertir que la Cámara concedió el recurso extraordinario únicamente: "...en lo que hace a la discrepancia acerca de la constitucionalidad de las normas de la L.R.T. involucradas al resolverse por el Alto Tribunal la causa "Milone" (Fallos: 327:4607) y derechos constitucionales comprometidos..." (v. fs. 449); y rechazó los recursos interpuestos en lo referido a la arbitrariedad de sentencia, sin que las recurrentes intentaran recurso de queja ante la Corte. En consecuencia, la cuestión federal debatida queda limitada a lo que fue materia de concesión del recurso.

En la medida de su concesión, la primera cuestión planteada en el recurso extraordinario es procedente en tanto se plantea un problema sustancialmente análogo a lo resuelto por esa Corte en el caso "Milone" (Fallos: 327:4607), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Cabe señalar que

aún cuando la problemática que aborda la sentencia recurrida no se ajusta estrictamente a lo decidido en el citado precedente por cuanto ese Máximo Tribunal allí declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, ítem 2, de la LRT, es claro que en casos como el presente en que, por el deceso del trabajador, la regla impugnada también reconoce una renta periódica mensual a los derecho-habientes, a partir de la suma correspondiente a la prestación dineraria obtenida en el marco de los artículos 15, apartado 2, 18 y 19 de la ley nº 24.557 resultan aplicables por analogía los principios que emanan de aquel fallo (cfr. CSJN In re "T.168, L. XLI, Torales, Gustavo Ramón c/ Provincia ART s/ acc. Ley 9688, sentencia del 29 de mayo de 2007 y "A. 2486, L.XL Aquino, Adela Ramona p/ sí y en representación de sus hijos menores Nicolas Alberto y Matías Omar Maciel Aquino c/ Siembra AFJP y otro s/ acción de amparo, sentencia del 24 de junio de 2008, entre otros).

Asimismo V.E., señaló que no obstante percibir los derechohabientes por la muerte del damnificado la compensación dineraria adicional de pago único prevista en el art. 11, apartado 4 de aquélla, quedó demostrado que el régimen indemnizatorio complementario de renta periódica contemplado en él conduce a un pago mensual que no satisface el objetivo reparador que la norma predica, e impide a quienes reclaman en un pago único el capital depositado, el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador (Fallos 331:1510).

La segunda cuestión planteada, ceñidos a la limitación referida a la concesión del recurso vinculado con la afectación de "...derechos constitucionales comprometidos..." (v. fs. 449) y la cita puntual en el considerando de la resolución (v. fs. 408vta. y fs. 425 in fine) cabe señalar que no se advierte de qué manera la decisión puede afectar el derecho de propiedad de las recurrentes en tanto no hay objeciones a la circunstancia de que el patrimonio objeto de condena le pertenece al padre de la víctima del accidente mortal; tampoco que la ART, obligada originariamente, depositó la mencionada suma en la AFJP (v. fs. 116). Por otra parte, la AFJP funda la violación al derecho de propiedad en la circunstancia que la reforma previsional mediante la ley 26425

impuso la transferencia de los fondos al ANSES hecho que había sucedido antes del inicio de la demanda. Sin embargo, la sentencia de primera instancia confirmada por la Cámara, en términos que la AFJP no se hace cargo en los agravios, hizo hincapié en que dicha co-demandada no había demostrado haber efectuado el pago en renta periódica, ni pago único, pese a la intimación cursada en el juicio sucesorio, razón por la cual se la consideró responsable de que el actor no haya adquirido el patrimonio reclamado (v. fs. 350 vta.).

A su vez, dichos fondos se traspasaron al ANSES, circunstancia que fue reconocida expresamente por esta última entidad (v. fs. 130vta., punto III). También admitió que podía ser llamada a los estrados judiciales por ser continuadora de la AFJP, al haber sido derogado el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) y crearse por ley (nº 26.425) el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), situación legal que coloca a la ANSES –admite– en continuadora de las ex-AFJP y por lo tanto pasaron de pleno derecho –por transferencia, aclaró– al Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) la totalidad de los recursos que integran las Cuentas de Capitalización Individual de los afiliados y beneficiarios del Régimen de Capitalización del SIJP.

Dichas condiciones, expuestas como defensas por las demandadas para oponerse a la condena por reparación de daños provenientes de un accidente de trabajo, son inoponibles al actor en tanto se sustentan en que no se puede disponer de la “prestación de pensión por fallecimiento” cuyo *nomen iuris* difiere sustancialmente del objeto del reclamo y en definitiva la materia objeto del juicio que sustenta la condena. En efecto, la demanda tuvo por objeto la reparación del art. 18 de la LRT (Muerte del Damnificado) en cuanto dispone que “los derechohabientes accederán a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 15 de esta ley, además de la prevista en su artículo 11, apartado cuarto...”. Ahora bien, los beneficios del artículo 15 se refieren a una prestación de pago mensual

complementaria al correspondiente al régimen previsional (2º párrafo, apartado 2, art. 15 LRT, el subrayado me pertenece). El reclamo que aquí nos interesa consistió en que en vez de que se pague mediante la modalidad de renta se la abonara en un solo pago. Por esa razón la pretensión se sustentó exclusivamente en la inconstitucionalidad de la forma de pago (tema ya tratado en los párrafos anteriores), circunstancia que fue admitida por los jueces con fundamento en conocida jurisprudencia ya referida *ut supra*. Desde esa perspectiva, las recurrentes confunden la denominación jurídica de la causa que fundamenta el reclamo al asignarle el concepto de "prestación de pensión por fallecimiento" y de esa manera pretender incluirlo en el régimen del SIPA, cuando en realidad se trata de "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo" (art. 1 de la LRT) cuya suma materia de condena –hecho totalmente reconocido– fue depositada en la AFJP y luego transferida a la ANSES.

Desde el contexto legal examinado, llama la atención la total carencia de fundamentación jurídica del recurso extraordinario de la ANSES en tanto se aparta de las cuestiones controvertidas, desviando la discusión al introducir posiciones defensivas totalmente ajena al debate, asignando una calificación jurídica al crédito reclamado que no ha sido materia de litigio y que provoca el total desamparo del beneficiario del crédito reclamado cuya titularidad se encuentra reconocida. Tal desapego a las constancias de la causa no encuentra motivación alguna en las particulares circunstancias del caso, pues se dilata la realización efectiva del pago por un accidente mortal del trabajador, siendo el único reclamante el padre del causante, una persona de edad avanzada y escasas condiciones de salud física (v. fs. 350, párrafo 2º), con ello se culmina desatendiendo los fines protectores que se tuvieron en mira en el caso, con la declaración de inconstitucionalidad del sistema de pago a través de una renta periódica, precisamente como señaló V.E., al no satisfacer el objetivo reparador que la norma predica: "...impide a los derechohabientes –que reclaman en un pago único el capital depositado– el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador..." (Fallos 331:1510, considerando 7º).

- IV -

Por lo dicho, estimo corresponde desestimar el recurso

Buenos Aires, 3º de Octubre de 2011.-

MARTA A. BEIRO DE GONCALVEZ
PROCURADORA FISCAL EN LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de marzo de 2013

Vistos los autos: "Galeano González, Pedro Nolasco c/ Futura A.F.J.P. s/ acción de amparo".

Considerando:

1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, admitió el reclamo de los actores con fundamento en el precedente "Milone" y condenó al pago único de la indemnización por accidente de trabajo a Futura A.F.J.P. y a la ANSeS.

Contra este pronunciamiento, ambas codemandadas interpusieron sendos recursos extraordinarios. El a quo los concedió, parcialmente, en lo atinente a la constitucionalidad de las normas de la L.R.T. involucradas en el caso "Milone", y a los demás derechos constitucionales comprometidos, atendiendo en este punto a la interpretación y alcance de la ley 26.425 de Reforma Previsional, cuestión federal que fuera invocada por Futura A.F.J.P (fs. 408 vta. punto V, 1.). Los recursos fueron desestimados en lo referente a la arbitrariedad atribuida a la sentencia (fs. 449).

2º) Que los recursos extraordinarios deducidos son formalmente admisibles, en tanto se encuentra en juego tanto la interpretación de la ley 26.425, como la del fallo citado de esta Corte Suprema, y la decisión fue contraria a la validez del derecho o exención que pretende fundarse en ellos (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

3º) Que, en cuanto a la aplicación al sub examen del precedente "Milone" (Fallos: 327:4607) y a la responsabilidad de la ANSeS, los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos en razón de brevedad.

4º) Que, por el contrario, los agravios de Futura A.F.J.P. S.A. suscitan cuestión federal suficiente y tornan procedente el remedio federal, toda vez que -al resolver del modo indicado- la alzada prescindió de las disposiciones de la ley 26.425, que resultan de inexcusable aplicación al caso -habida cuenta del carácter de orden público de las normas atinentes al Sistema Integrado Previsional Argentino (cf. art. 20)-, con la consiguiente lesión de la garantía de propiedad invocada por la recurrente, desde que se mantuvo en cabeza de la A.F.J.P. la responsabilidad por una deuda que fue transferida *-ipso iure-* a la Administración Nacional de la Seguridad Social, organismo que reconoció esta situación al comparecer y contestar la demanda en este juicio (fs. 130 vta., punto III).

5º) Que, en efecto, para mantener la condena respecto de Futura A.F.J.P. S.A., la cámara expresó que esa codemandada no había cuestionado -de una manera crítica- el argumento del juez de grado, que en su oportunidad tuvo en cuenta la conducta de la demandada, affirmando que no habría demostrado el pago de la renta periódica ni el pago único pese a la intimación efectuada en el juicio sucesorio del causante, impidiendo así la satisfacción del derecho del actor antes del traspaso de los fondos a la ANSeS (fs. 394 y 350 vta.). Al resolver de este modo,

el tribunal soslayó lo dispuesto por el art. 19 de la ley citada, en cuanto establece que "la Administración Nacional de la Seguridad Social se subroga en las obligaciones y derechos que la ley 24.241 y sus modificatorias les hubiera asignado a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones".

6º) Que la transferencia de las deudas dispuesta por la subrogación legal no requiere el consentimiento del acreedor para la sustitución del deudor (cf. Fallos: 333:667), de modo que le impide reclamar el pago a un sujeto distinto del individualizado en la norma (cf. Fallos: 331:1215). Frente a esta situación -ya existente a la fecha de la promoción de la demanda- la conducta precedente del obligado original no puede erigirse en un factor idóneo para mantener en su cabeza la responsabilidad por una deuda que ya no le es exigible por imperio de la ley.

Por ello, y con el alcance que surge de lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Confirmar la sentencia apelada en cuanto mantiene la condena a la ANSeS. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); II. Revocar dicha decisión, en lo referente a la condena a Futura A.F.J.P. S.A., respecto de la cual se rechaza la demanda (art. 16, ley 48). Costas por su orden, en todas las instancias, atento a la índole

-//novedosa de la cuestión controvertida (arts. 68, segunda parte, y 279 del código citado). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

Recursos extraordinarios interpuestos por **Futura AFJP S.A.**, representada por el Dr. Carlos José Laplacette, con el patrocinio letrado del Dr. Gregorio Badeni; y por la ANSeS, representada por el Dr. Federico Compiani, con el patrocinio de la Dra. Verónica Andrea Bravo.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nº 1.

GONZALEZ, NELIDA BEATRIZ c/ MAPFRE ARGENTINA S.A.
ART Y OTROS s/ACCIDENTE - ACCIÓN CIVIL

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde declarar la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario si es inextricable la motivación dada por el a quo porque, por un lado expresó que el recurso se había basado en la doctrina de la arbitrariedad y por otra parte encontró “configurado” un supuesto típico de los previstos en el art. 14 de la ley 48, sobre la base de afirmar, de manera genérica, que “teniendo en cuenta

las constancias de la causa, la solución adoptada en la alzada no es acertada”, todo ello sin examinar -además- si la apelación reunía los restantes recaudos de admisibilidad (arts. 14 y 15 de la ley aludida).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de mayo de 2013

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -Sala III- al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó el reclamo indemnizatorio por accidente de trabajo fundado en el derecho común. Contra dicho pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario federal, que resultó concedido (cfr. fs. 782/793).

2º) Que la Sala a quo -integrada por jueces distintos a los que dictaron el pronunciamiento recurrido- tras señalar que “[e]l recurso se ha fundado en la doctrina de la arbitrariedad elaborada por el Máximo Tribunal”, recordó que la sentencia impugnada había rechazado la pretensión resarcitoria promovida por la actora, “en el entendimiento de que, en el caso, se trata de la reparación de un accidente ‘in itinere’ que la trabajadora fundó en normas de derecho común, y en consecuencia, no exist[ió] factor de atribución de responsabilidad, toda vez que en el acaecimiento del hecho no intervino ninguna cosa cuya propiedad o guarda corresponda a la empleadora, ni se le ha imputado culpa o dolo de su parte, ni incumplimiento de alguna obligación concreta derivada del deber genérico de seguridad”.

Seguidamente, el tribunal expresó que “no compart[ía] el criterio esbozado en la sentencia de esta alzada”, consignó que el fallo impugnado “compromet[ía] ciertamente el orden público laboral, que claro está, resulta indisponible para las partes” y por último, tras expresar su disconformidad con la decisión recurrida y con invocación de los arts. 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional, consideró que cabía tener por “configura-

do el supuesto del art. 14 inc. 3 de la ley 48" (fs. 832/833).

3º) Que esta Corte ha tenido oportunidad de declarar, con especial énfasis, la nulidad de resoluciones por las que se concedían recursos extraordinarios cuando ha constatado que aquéllas no daban satisfacción a un requisito idóneo para la obtención de la finalidad a que se hallaba destinado (art. 169, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 310:2122 y 2306; 315:1589; 323:1247; 330:4090 y 331:2302).

Tal situación se ha verificado nuevamente en el presente caso, puesto que el auto por el que se concedió el remedio federal, lejos de constituir un pronunciamiento circunstanciado, categórico y dotado de unidad lógico-jurídica –como es exigible a todo acto jurisdiccional–, ha incurrido en serios desaciertos formales y conceptuales.

4º) Que, en efecto, es inextricable la motivación dada por el a quo porque, por un lado, este último expresó que el recurso extraordinario se había basado en la doctrina de la arbitrariedad (primero y segundo párrafo del auto de fs. 832). Y, por otra parte, encontró "configurado" un supuesto típico de los previstos en el art. 14 de la ley 48, sobre la base de afirmar, de manera genérica, que "teniendo en cuenta las constancias de la causa, la solución adoptada en la alzada no es acertada" (sexto y séptimo párrafo del mencionado auto). Todo ello, sin examinar –además– si la apelación reunía los restantes recaudos de admisibilidad (arts. 14 y 15 de la ley aludida en último término).

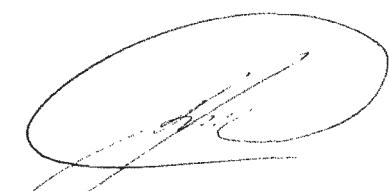
Al respecto, es del todo propicio remarcar que la discrepancia de los jueces que suscribieron el auto examinado con lo decidido por el tribunal en su anterior integración, no constituía un fundamento válido para la concesión de la apelación federal. Tal yerro quedó evidenciado en dos resoluciones declaradas nulas por esta Corte (B.370.XLVII "Banco de la Nación Argentina c/ Aguirrezzabal, Lisandro Carlos s/ juicio sumarísimo"

y T.160.XLVII "Tubet, Ricardo Luis c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ despido", del 13 de septiembre de 2011 y 18 de octubre de 2011, respectivamente).

Idéntico desacuerdo se reiteró a fs. 832/832 vta. de la presente causa, toda vez que la afirmación transcripta supra —que declara "ciertamente" afectada la axiomática regla de indisponibilidad del orden público laboral— carece de un razonamiento autónomo que justifique tal aserto. Lo descripto deja al descubierto que el mencionado auto se ha basado en un claro voluntarismo, con absoluta prescindencia de las reglas que rigen el recurso extraordinario federal.

5º) Que, en tales condiciones, la concesión del remedio federal no aparece debidamente fundada, por lo que debe ser declarada su nulidad (cfr. fallos citados precedentemente).

Por ello, se declara la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte una nueva decisión sobre el punto, con arreglo a este pronunciamiento. Notifíquese y devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por **Nélida Beatriz González**, representada por el Dr. **Hugo Antonio Guardo**.

Traslado contestado por **Bonafide S.A.I.C.**, representada por el Dr. **Gonzalo Daniel Vázquez**; y por **MAPFRE ARGENTINA S.A. ART**, representada por la Dra. **Maria Eugenia Plache**; y por **Vadelux S.A.**, representada por el Dr. **Eduardo Huber**.

Tribunal de Origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1º Instancia del Trabajo nº 35**.

**AQUINO PEREIRA, ELVIO CÉSAR c/ OTRANTO, MARCELO
Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS**

REFORMATIO IN PEJUS

Corresponde revocar la sentencia que entendió que correspondía declarar la nulidad de la cláusula que contenía la franquicia y confirmar la sentencia de grado en cuanto había hecho extensiva la condena a la aseguradora ya que, más allá del error de apreciación en que incurrió la parte respecto de lo decidido en primera instancia que la beneficiaba, el a quo se expidió sobre el fondo del asunto en sentido contrario a sus intereses, incurriendo, de ese modo, en un supuesto de reformatio in pejus que colocó a la única apelante sobre el punto en peor situación que la derivada del fallo de grado, con la consecuente lesión a las garantías constitucionales de defensa en juicio y propiedad.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 12 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la citada en garantía en la causa Aquino Pereira, Elvio César c/ Otranto, Marcelo y otros s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito y condenó a los demandados a pagar la suma de \$ 40.435, con más los intereses y costas, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía en los límites del contrato de seguro, atento a que el actor no había invocado la inoponibilidad de la franquicia allí estipulada.

2º) Que apelado el fallo por las partes, la aseguradora se agravó de lo resuelto sobre el alcance de la cobertura, solicitando que se la eximiera de responder. Consideró, a tal fin, que resultaba arbitraria la aplicación del fallo plenario "Obarrio" y que el juez había prescindido de los términos del contrato, de lo dispuesto por la ley de seguros y por la normativa de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que preveía un descubierto de \$ 40.000.

3º) Que por remisión al citado plenario, sumado a otros fundamentos, el a quo entendió que correspondía declarar la nulidad de la cláusula que contenía la franquicia y confirmar la sentencia de grado en cuanto había hecho extensiva la condena a la aseguradora. Contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso el remedio federal, cuya denegación origina la presentación directa en examen.

4º) Que corresponde hacer lugar al recurso planteado toda vez que lo resuelto por la cámara no constituye una derivación razonada de las circunstancias particulares del caso. En efecto, más allá del error de apreciación en que incurrió la parte respecto de lo decidido en primera instancia que la beneficiaba, el a quo se expidió sobre el fondo del asunto en sentido contrario a sus intereses, incurriendo, de ese modo, en un supuesto de *reformatio in pejus* que colocó a la única apelante sobre el punto en peor situación que la derivada del fallo de grado, con la consecuente lesión a las garantías constitucionales de defensa en juicio y propiedad.

5º) Que, a mayor abundamiento, la procedencia de la vía intentada implica el reconocimiento del derecho de la interesada en los términos de los precedentes de esta Corte "Nieto", "Villarreal" y "Cuello" (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483) y en las causas O.166.XLIII. "Obarrio, María Pia c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008, cuyas consideraciones se dan por reproducidas.

Por ello, con el alcance indicado, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho deducido por Garantía Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, citada en garantía, representada por el Dr. Guilberto Jorge Blanco.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 99.

COTS, LIBIA ELDA C/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE
ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS Y OTROS
S/SUMARIO S/ INCIDENTE DE EMBARGO

CONSOLIDACION DE DEUDAS

Contrariamente a lo sostenido por la cámara, el art. 18 de la ley 25.344 prevé una

excepción al régimen de consolidación e impone a los jueces la obligación de excluir los créditos cuando sus acreedores se encuentren en las especiales condiciones descriptas por el segundo párrafo de la norma, y dichas circunstancias excepcionales son, precisamente las que se presentan en el caso si, como consecuencia del accidente, a la actora se le amputaron ambos miembros inferiores y su grado de incapacidad laboral es casi total, lo que demuestra no solo su situación de desamparo, sino también el evidente carácter alimentario de su crédito -extensivo por accesoriad a todos los rubros de la condena-, pues la indemnización no solo tiene como finalidad la reparación integral de los daños causados, sino también permitir a la actora afrontar los gastos que su condición le genera y que no podrá solventar con su trabajo.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

El art. 13 de la ley 25.344 deviene inconstitucional si el a quo incluyó en el régimen de consolidación de deudas del Estado a los “gastos médicos” en que incurrió la actora y el “daño moral”, en tanto la aplicación de normas que difieren el pago de la deuda pública se encuentra en clara colisión con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas y los principios arquitectónicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos abanan la invalidación de disposiciones que se encuentran al margen del trazado constitucional, siendo contrarias dichas disposiciones a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada junto con su Protocolo Facultativo, por la ley 26.378 (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSOLIDACION DE DEUDAS

La declaración de inconstitucionalidad formulada por la cámara aparece manifiestamente innecesaria si, al fundarse en que la aplicación del régimen de consolidación de deudas viola derechos protegidos por la Constitución Nacional debido a la situación personal de la actora –victima de un accidente de tránsito-, sostuya que las situaciones de esa índole precisamente fueron tenidas en cuenta por el legislador mediante el precepto contenido en el art. 18 de la ley 25.344, al que cabe acudir en primer lugar para obtener el cobro del crédito en efectivo sin dilaciones (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

-Del dictamen de la Procuración General, al que la disidencia remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 344/349, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y declaró que el crédito de la actora –que tiene su origen en la indemnización otorgada por los daños sufridos en un accidente de tránsito– se

encuentra comprendido en el régimen de la ley 25.344, tanto el monto que corresponde a gastos médicos y otros relacionados, como la suma por daño moral y sus intereses. Asimismo, declaró la constitucionalidad de la ley mencionada con respecto “al cobro de los resarcimientos por incapacidad sobreviniente y daño psicológico”.

Para así decidir, consideró que el Estado Nacional aún puede oponerse a la inmediata ejecución del fallo que lo condenó al pago de la indemnización, pues aunque la sentencia hubiera adquirido firmeza ello no es obstáculo para aplicar el régimen de consolidación de deudas en virtud de que comprende también a las sentencias judiciales firmes (art. 3º de la ley 23.982, al que remite el art. 13 de la ley 25.344).

Por otra parte, entendió que dicho régimen resulta aplicable a las sumas a abonar en concepto de gastos médicos y daño moral, porque se trata de capítulos resarcitorios que pueden ser diferidos en el tiempo en cuanto a su cancelación, pero que es constitucional en lo que se refiere a las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente y daño psicológico. Al respecto, señaló que tales resarcimientos fueron fijados teniendo en cuenta las gravísimas lesiones que padece la actora, el alto grado de incapacidad que ello le provoca, la necesidad de colocación de una prótesis y el tratamiento terapéutico que deberá realizar, lo que torna aplicable lo dispuesto por el Alto Tribunal en el caso “Gutiérrez”.

Finalmente, sostuvo que los agravios dirigidos a obtener el levantamiento del embargo decretado sobre rentas públicas no fueron propuestos al juez de la causa en la instancia anterior, lo que impide examinar la cuestión.

-II-

Disconformes con este pronunciamiento, tanto la actora como el Estado Nacional interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 407/427 y fs. 432/447, respectivamente). El primero de ellos fue denegado, lo que motivó la presentación directa que tramita en expediente C. 1543, L. XLIV y el segundo fue concedido solamente en lo que atañe a la cuestión federal planteada (v. fs. 493/495).

-III-

La actora sostiene que la sentencia recurrida es arbitraria, interpreta de modo erróneo normas de carácter federal (leyes 23.982 y 25.344 y decreto reglamentario 1116/00), produce un gravamen irreparable y conculca los derechos de propiedad, igualdad ante la ley y debido proceso protegidos por la Constitución Nacional. Añade que la priva de las indemnizaciones por daños y perjuicios otorgadas por la sentencia del 30 de septiembre de 2004 dictada en los autos principales, que se encuentra firme y reviste autoridad de cosa juzgada. Al respecto, señala que al admitir la aplicación de la ley 25.344 se ha violado la inmutabilidad de aquella decisión, mediante la cual se había dispuesto el modo de practicarse la liquidación del monto de la condena.

Por otra parte, aduce que de los antecedentes parlamentarios de la ley 25.344 surge que resulta inaplicable al caso, pues la ley está dirigida a las sentencias dictadas con anterioridad a su promulgación y, finalmente, se agravia porque entiende que la inconstitucionalidad declarada debió comprender a todos los rubros indemnizatorios en razón de que los daños físicos agudos que padece deben ser resarcidos en forma integral sin diferimientos.

-IV-

El Estado Nacional –condenado en autos por no exigir el cumplimiento del seguro obligatorio a la codemandada empresa de transporte automotor de pasajeros– sostiene que la sentencia se aparta de expresas disposiciones que revisten carácter de orden público, se sustenta en una interpretación arbitraria del ordenamiento jurídico aplicable y omite el tratamiento de argumentos oportunamente planteados, lo que produce una grave afectación de sus derechos de propiedad y defensa en juicio.

Pone de relieve que el pronunciamiento apelado encierra una contradicción, pues declara la inconstitucionalidad de la ley 25.344 con relación al cobro del resarcimiento por incapacidad sobreviniente y daño psicológico y, al mismo tiempo, juzga que es constitucional en lo que se refiere a

otros rubros indemnizatorios. Asimismo, agrega que el régimen de consolidación de deudas tiene fundamento en la imposibilidad del Estado de hacer frente a sus obligaciones y que resulta improcedente establecer excepciones no previstas expresamente por la ley, pues son de carácter restrictivo.

Finalmente, se agravia porque el tribunal no ha considerado el pedido de levantamiento del embargo trabado, aspecto que, a su entender, tiene estrecha relación con la sentencia apelada.

-V-

Ante todo, cabe señalar que, en atención a que la actora interpuso la queja que tramita en expediente C. 1543, L. XLIV –agregado sin acumular– y que el remedio federal deducido por el Estado Nacional fue concedido por la cuestión federal planteada, elementales razones de orden aconsejan el tratamiento conjunto de los agravios de ambas partes en el *sub lite*, pues el resultado al que se arribe con relación a los cuestionamientos mantenidos por la actora en la queja incidirá necesariamente, en forma directa, en la cuestión federal vinculada a la aplicación del régimen de consolidación de deudas que invoca la demandada.

Sentado ello, entiendo que ambos recursos extraordinarios son formalmente admisibles pues aun cuando la decisión atacada decide acerca de cuestiones suscitadas en el trámite de ejecución de sentencia, es equiparable al pronunciamiento definitivo exigido por el art. 14 de la ley 48, toda vez que los apelantes se encuentran impedidos en el futuro de replantear sus quejas al respecto, lo que les ocasiona un agravio de imposible reparación ulterior (*Fallos*: 323:1318). A ello cabe agregar que en el *sub lite* se discute la aplicación e interpretación de normas de carácter federal (leyes 23.982 y 25.344) y la decisión recaída ha sido contraria a los derechos que los apelantes fundan en ellas (art. 14 de la ley 48).

-VI-

En primer término, entiendo que los argumentos invocados por la actora en torno a la existencia de cosa juzgada son inadmisibles, pues la cámara se ajustó a disposiciones que resultan de inexcusable aplicación a los créditos comprendidos en el régimen de consolidación en razón del carácter de orden público que el legislador le atribuyó (*Fallos: 326:1632*), naturaleza que obliga al tribunal a considerar su aplicación en cualquier estado del proceso y aun cuando la accionada omita solicitarla (*Fallos: 329:1715*).

Ello es así, máxime si se tiene en cuenta que, en el *sub lite*, cuando el tribunal determinó el interés que devengarían los montos indemnizatorios fijados, en rigor de verdad, no se había resuelto en forma expresa en la etapa de conocimiento el punto ahora discutido y, por lo tanto, pudo ser planteado en la etapa de ejecución, toda vez que las normas que consolidan las deudas estatales no señalan un término perentorio para su invocación. Como consecuencia de ello, no es posible sostener, como pretende la actora, que el modo en que sería cumplida la sentencia había pasado en autoridad de cosa juzgada (v. sentencia del 4 de septiembre de 2007, *in re S. 1455, L. XLI, "Sociedad Anónima Dominga B. de Marconetti c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"*).

En este orden de ideas, cabe recordar que V.E. tiene dicho que la preclusión procesal produce el efecto de tornar irrecuperables las resoluciones judiciales, mas no el de legitimar situaciones inconciliables con el orden público y que concluir lo contrario importaría desnaturalizar el proceso judicial hasta el punto de convertirlo en un medio apto para convalidar transgresiones a las normas imperativas. Entonces, el silencio guardado o la demora –como en el caso– por uno de los litigantes frente a la afectación de un derecho indisponible tendría más virtualidad que un contrato para privar de efecto a las leyes en que se encuentra comprometido el interés general (*Fallos: 320:1670; 329:502*, entre otros).

En segundo término, procede examinar la declaración de

inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 25.344 en su aplicación a las sumas que corresponde abonar en concepto de resarcimiento por incapacidad sobreviniente y daño psicológico, pues mientras la actora entiende que debió ser declarada respecto de todos los rubros indemnizatorios, la demandada se agravia con fundamento en que se trata de legislación dictada en un contexto de emergencia económica.

Al respecto, cabe señalar que es doctrina reiterada del Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad, o *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 302:1149; 303:1708, entre otros), por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que cabe acudir en primer lugar (Fallos: 327:1899 y sentencia del 13 de mayo de 2008, *in re* C. 2705, L. XLI, “Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica c/ Marini, Carlos Alberto s/ ejecución”).

Sobre la base de tales premisas, entiendo que la declaración de inconstitucionalidad formulada por la cámara aparece manifiestamente innecesaria para resolver las cuestiones que se debaten en el *sub lite*, toda vez que, al fundarse en que la aplicación del régimen de consolidación de deudas viola derechos protegidos por la Constitución Nacional debido a la situación personal de la actora, soslaya que las situaciones de esa índole precisamente fueron tenidas en cuenta por el legislador mediante el precepto contenido en el art. 18 de la ley 25.344, al que cabe acudir en primer lugar para obtener el cobro del crédito en efectivo sin dilaciones (v. dictamen de este Ministerio Público del 27 de octubre de 2008, *in re* A. 175, L. XLIV, “Aliprandi, Luisa c/ PAMI s/ ordinario”).

En efecto, la incorporación de esta norma responde a la necesidad de atender en efectivo las obligaciones de aquellos acreedores que se encuentran en las especiales condiciones que describe, sin tener que recurrir a declarar la inconstitucionalidad del régimen, única solución posible antes de

sancionarse la ley 25.344, pues la ley 23.982 no contenía una previsión de esa índole (v. Fallos: 316:779; 318:1593 y 321:1984). Por lo demás, la facultad genérica de que da cuenta el segundo párrafo de esta disposición demuestra la voluntad legislativa de reconocer que en el contexto de casos concretos, tanto la autoridad reglamentaria como el Poder Judicial deberán ponderar las circunstancias particulares con el fin de brindar un resultado acorde con el propósito preambular de afianzar la justicia, en los términos en que ha sido definido por el Alto Tribunal (v. Fallos: 329:5382, disidencia parcial de los doctores Maqueda y Rueda).

En tales condiciones, estimo que en caso de encontrarse acreditados los extremos de hecho que requieren el art. 18 de la ley 25.344 y su reglamentación, el crédito de autos debe quedar excluido del régimen de consolidación de deudas y, en consecuencia, procedería su cancelación en efectivo.

Finalmente, no parece irrazonable la postura adoptada por la cámara respecto de los argumentos tendientes a obtener el levantamiento del embargo que se trabó en autos, pues la propia demandada admite que el juez de grado aún no resolvió la petición formulada en tal sentido a pesar de su insistencia, extremo que no puede ser soslayado en tanto constituye un límite a la jurisdicción del tribunal, que se encuentra impedido de tratar cuestiones pendientes de resolución por parte de los jueces de la causa.

-VII-

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (fs. 432/447), confirmar la sentencia apelada en lo atinente a la aplicación de la ley 25.344 y revocarla en cuanto declara la inconstitucionalidad de dicha ley con relación a ciertos rubros indemnizatorios.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2010.
LAURA M. MONTI

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Toda vez que los agravios planteados por la recurrente en la presente queja fueron objeto de tratamiento en el dictamen emitido en el día de la fecha en el expediente C. 1674, L. XLIV, corresponde remitirse a los fundamentos y conclusiones allí expuestos.

Opino, por tanto, que la queja interpuesta es inadmisible.

Buenos Aires, 4 de marzo de 2010.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 12 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros s/ sumario - incidente de embargo".

Considerando:

1º) Que en cuanto al relato de los hechos de la causa, corresponde remitir al dictamen de la señora Procuradora Fiscal de la Nación, en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que el recurso extraordinario interpuesto por la demandada dirigido a cuestionar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.344 con respecto al cobro del resarcimiento por los rubros incapacidad sobreviniente y daño psicológico resulta inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3º) Que el recurso de queja deducido por la actora, en el que se agravia por la inclusión de los rubros "gastos médicos" y daño moral en el régimen de consolidación, resulta admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación del artículo 18 de la ley 25.344, de naturaleza fede-

ral, y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en ella (artículo 14, inciso 3º de la ley 48).

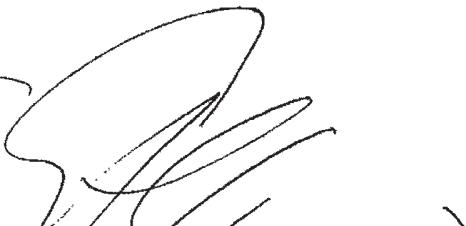
4º) Que, en este punto, asiste razón a la demandante en tanto la cámara no ha hecho una interpretación correcta de la norma federal en juego.

Al respecto, el a quo manifestó que la ley 25.344 no contiene "disposiciones que permitan excluir del régimen de consolidación a créditos reconocidos judicialmente como el reclamado en autos por el actor", y que "la norma del artículo 18 de la ley 25.344 (...) resulta totalmente inaplicable al sub lite porque dicho precepto solamente propone una indicación legislativa dirigida al Poder Ejecutivo acerca del contenido posible de la reglamentación de la ley citada, mas no una indicación precisa dirigida a los jueces a fin de que establezcan excepciones al régimen de consolidación".

Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por la cámara, la Corte ha señalado que el artículo 18 de la ley 25.344, efectivamente, prevé una excepción al régimen de consolidación y, además, impone a los jueces la obligación de excluir los créditos cuando sus acreedores se encuentren en las especiales condiciones descriptas por el segundo párrafo de la norma (Fallos: 329:5769 y causa A.175.XLIV "Aliprandi, Luisa c/ PAMI s/ sumario", fallada el 23 de febrero de 2010).

5º) Que esas circunstancias excepcionales son, precisamente, las que se presentan en este caso pues, como consecuencia del accidente, a la actora se le amputaron ambos miembros inferiores y su grado de incapacidad laboral es casi total. Ello demuestra no solo la situación de desamparo de la apelante, sino también el evidente carácter alimentario de su crédito –extensivo por accesoriedad a todos los rubros de la condena–, pues la indemnización no solo tiene como finalidad la reparación integral de los daños causados, sino también permitir a la actora afrontar los gastos que su condición le genera y que no podrá solventar con su trabajo (ver Fallos: 326:1733 y 327:4067).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, con costas. Asimismo, se declara admisible la queja y procedente el recurso extraordinario deducido por la actora, se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado en los considerandos 4º y 5º y, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 16, segunda parte, de la ley 48, se decide que los rubros "gastos médicos" y daño moral se encuentran incluidos en la excepción prevista en el artículo 18 de la ley 25.344, por lo que no deben ser consolidados. Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.



RICARDO LUIS LORENZETTI

(Dedicación parcial)
CARLOS S. FAYT

ELENA LIGHTON DE NOLASCO

-DISI-11-

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA
CARMEN M. ARGIÑAY

E. RAUL ZAFFARONI



-//-

DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que lo atinente a los hechos de la causa, los fundamentos del pronunciamiento impugnado, los planteos de las recurrentes y la procedencia formal de las apelaciones interpuestas, han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que la protección a la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo constituye un rasgo dominante del principio "*pro homine*", es un derecho preexistente a toda legislación positiva y resulta garantizado por la Constitución Nacional. El ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental ("Campodónico de Beviacqua", Fallos: 323:3229 y sus citas; y doctrina de "Floreancig", Fallos: 329:2552).

También es principio axiomático que ante la vulneración de aquellos bienes fundamentales, deben asegurarse los imperativos de justicia de la reparación, que no deben cubrirse solo en apariencia (doctrina de Fallos: 299:125).

3º) Que, en línea con lo anterior, esta Corte ha enfatizado que "el resarcimiento del damnificado requiere la atención oportuna de las afecciones de orden físico, psíquico y estético derivadas del evento dañoso, toda vez que un aspecto esencial concerniente al mismo es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación tempestiva, a lo que ciertamente obsta un modo de cumplimiento de la sentencia como el que resulta de la ley n° 25.344" ("Petrelli", Fallos: 327:2551, con cita de "Escobar" Fallos: 318:1593, énfasis agregado).

En consecuencia, la previsión contenida en el art. 18 de la mencionada ley es insuficiente para resolver el caso, toda

vez que si bien establece exclusiones al régimen, las supedita a la concurrencia de "*circunstancias excepcionales vinculadas a situaciones de desamparo e indigencia en los casos en que la obligación tuviere carácter alimentario*". De tal suerte, impone condicionamientos impropios a la luz de la doctrina enunciada y de la que se desarrollará infra.

La ley 25.344 aparece así desprovista de previsiones expresas que aseguren un remedio legal oportuno ante indemnizaciones de la naturaleza examinada, de tal modo que niega los principios humanísticos básicos que nuestra Ley Suprema asegura. No en vano se ha dicho que frente a la declaración de emergencia económica por parte del Estado, "la Constitución Nacional no admite la suspensión indefinida del pleno goce de los derechos que ella reconoce y garantiza" (del voto del juez Fayt en la causa "Mesquida").

4º) Que, en efecto, tan limitado enfoque conceptual omite considerar que las reparaciones, "como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial". Por ende, es refractario a lo anterior generar el "**empobrecimiento de la víctima**", ("Bamaca Velázquez vs. Guatemala". Reparaciones, sentencia del 22 de febrero de 2002, Serie C N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, págs. 107/108, párrs. 40/41 y sus citas, énfasis agregado).

Esta situación se ha configurado claramente en autos, toda vez que el a quo, incluyó en el régimen de consolidación de deudas del Estado a los "gastos médicos" en que incurrió la actora, mediante un razonamiento que deja al descubierto la insuficiencia del art. 18 ya referenciado: "...no se refiere a una erogación futura sino a la repetición de sumas ya abonadas" (fs. 347). Esta conclusión es abiertamente inaceptable a la luz de las disposiciones de orden superior en juego; sin embargo, re-

sulta innegable que las cortapisas de la mentada norma pueden fomentar semejante interpretación.

5º) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de su lado, es asaz concluyente al respecto, pues su art. 27 establece que las razones de emergencia que afecten la seguridad del Estado no autorizan la suspensión, siquiera limitada o transitoria, del derecho a la vida y a la integridad física reconocidos en los arts. 4 y 5 de aquélla. Por su parte, el art. 63.1 de dicha convención faculta a la Corte Interamericana a imponer las reparaciones pertinentes cuando esos derechos sean lesionados. En el caso de la privación del derecho a la vida, la restitución al *statu quo ante* resulta imposible y, por ello, la reparación a que alude el art. 63.1 solo puede asumir la forma de una indemnización sustitutiva, conforme a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Aloeboetoe", sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, N° 15; "Bulacio", sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100; "Garrido y Baigorria", sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, y sus citas (del voto de los jueces Petracchi y Lorenzetti en la causa "Mesquida").

6º) Que como consecuencia de todo lo anterior, los agravios desarrollados por ambas partes conducen a la aplicación de la doctrina establecida en las causas "Escobar" (Fallos: 318:1593), "Petrelli" (Fallos: 327:2551, párrafo 11, apartado IV del dictamen del señor Procurador General, al que adhirió el Tribunal; "Mesquida" (Fallos: 329:5382, votos concurrentes de los jueces Fayt y Petracchi); "Petryszyn" (Fallos: 331:2745, votos concurrentes de los jueces Fayt, Lorenzetti, Petracchi y Zaffaroni); "Morrow de Albanesi" (Fallos: 333:1404, votos concurrentes de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) y B.52.XLV "Bordagaray" (fallada el 31 de agosto de 2010, votos de los jueces Fayt, Lorenzetti y Zaffaroni). Por ende, —en el caso— el art. 13 de la ley 25.344 deviene inconstitucional.

7º) Que esta conclusión ha de prevalecer, en la espe-

cie, sobre la reiterada doctrina de esta Corte en el sentido de que tal declaración es una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 294:383; 298:511; 300:1087; 302: 457, 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros).

Esta decisión es imperativa en el caso, porque cuando la aplicación de normas que difieren el pago de la deuda pública se encuentra en clara colisión con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas, este Tribunal –mediante robustecida jurisprudencia– se ha pronunciado a favor de los damnificados. A la par, los principios arquitectónicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los que se ha hecho mérito supra, abonan la invalidación de disposiciones de la naturaleza examinada que se encuentran al margen del trazado constitucional. Por lo demás, cuadra remarcar que tales disposiciones resultan contrarias a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada junto con su Protocolo Facultativo, por la ley 26.378.

8º) Que, como derivación de todo lo anterior, también corresponde revocar lo decidido respecto de la aplicación del régimen de consolidación a las reparaciones correspondientes al "daño moral", aspecto sobre el cual el a quo no confirió fundamento alguno a su decisión (fs. 347).

Es propicio destacar que en la jurisprudencia de la Corte no está ausente la evaluación del daño como "frustración del desarrollo pleno de la vida" (Fallos: 315:2834). Y, con tal comprensión, es evidente que la afectación moral se encuentra incluida en el concepto de "daño" y que el resarcimiento de éste último solo procura otorgar medios de satisfacción a las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida. De ahí que la percepción postergada del crédito pertinente –en los términos de la ley 25.344– desnaturaiza todo propósito reparador.

9º) Que, en consecuencia, cabe entender configurada la "inconveniencia" de mantener, en lo pertinente, la ratio decidendi de "Gutiérrez" (Fallos: 321:1984). En efecto, frente a las objeciones de índole constitucional desarrolladas supra, mal podría mantenerse una doctrina que permite dilatar la percepción de un crédito resarcitorio indiscutido, mediante criterios selectivos de los diversos capítulos de la reparación (Fallos: 183:409; 216:91; 293:50).

Por ello, se declaran procedentes la queja y los recursos extraordinarios interpuestos, se confirma la sentencia apelada en cuanto ha sido objeto de agravios por el Estado Nacional y en lo demás, se la revoca con el alcance que surge de los considerandos precedentes. Con costas a la demandada vencida. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia con arreglo a la presente.


CARLOS S. MÁRQUEZ

DISI-//-

-/-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que los antecedentes del caso, los planteos de las recurrentes y la procedencia formal de las apelaciones interpuestas han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Que, respecto de los planteos referidos a la exclusión del régimen de consolidación del crédito de la parte actora por gastos médicos y daño moral, (así como a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.344 para las deudas por inca-

pacidad sobreviniente y daño psicológico), son de aplicación -en lo pertinente- los fundamentos y conclusiones alcanzados en las causas "Mesquida" (Fallos: 329:5382), "Petryszyn" (Fallos: 331:2745) y "Dupuy" (Fallos: 334:1361).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes el recurso de queja y los recursos extraordinarios, se deja sin efecto la sentencia apelada, y en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 16, segunda parte, de la ley 48, se declara a la totalidad del crédito de la parte actora excluido del régimen de consolidación de deudas del Estado establecido por la ley 25.344. Las costas se imponen por su

-//--orden atendiendo a las especialísimas circunstancias de la causa. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, remítase.



JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-//-

-//--DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

Que los agravios del recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se resuelve:
I) declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y revocar la sentencia en cuanto había decla-

rado inconstitucional y excluido de la consolidación los rubros "incapacidad sobreviniente" y "daño psicológico". Con costas. II) hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia en cuanto había consolidado los rubros "gastos médicos" y "daño moral". Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Recurso de queja interpuesto por **Libia Elda Cots**, con el patrocinio del Dr. **Diego Osvaldo Valverde**.

Recurso extraordinario interpuesto por **Libia Elda Cots**, con el patrocinio del Dr. **Diego Osvaldo Valverde**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional, Ministerio de Economía**, representado por la Dra. **Maria Elisa Turus**.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional, Ministerio de Economía**, representado por la Dra. **Maria Elisa Turus**.

Traslado contestado por **Libia Elda Cots**, con el patrocinio del Dr. **Diego Osvaldo Valverde**.

Tribunal de Origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Comercial nº 25.**

VEGA, RAUL - INTENDENTE DE SAN FRANCISCO DEL MONTE DE ORO PCIA. DE SAN LUIS C/ HONORABLE CONCEJO
DELIBERANTE DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN FRANCISCO DEL MONTE DE ORO PROVINCIA DE SAN LUIS S/CONFLICTO DE PODERES

CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde declarar la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario si los términos sumamente genéricos del auto evidencian que el a quo omitió pronunciarse categórica y circunstancialmente sobre la observancia de uno de los requisitos esenciales del recurso, cual es la presencia de una cuestión federal, máxime cuando no solo se ventila una cuestión de derecho público local

que es, por su naturaleza, extraña a la instancia del art. 14 de la ley 48, sino porque el litigio que da lugar a las actuaciones -responsabilidad política de un intendente ventilada por ante el concejo deliberante- revela un conflicto de poderes locales que, desde la reforma del texto constitucional llevada a cabo en 1860, es un asunto que -como regla- es ajeno a la jurisdicción extraordinaria de la Corte reglada por los arts. 31 y 116 de la Constitución Nacional, 2º de la ley 27 y 14 de la ley 48.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *dose de marzo de 2013.*

Vistos los autos: "Vega, Raúl - Intendente de San Francisco del Monte de Oro - Pcia. San Luis c/ Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Francisco del Monte de Oro - Provincia de San Luis - Conflicto de Poderes".

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis (fs. 265/267) concedió el recurso extraordinario deducido con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Para resolver de ese modo, en el voto que formó mayoría se afirmó que se observaba cuestión federal suficiente y se sostuvo que "...Teniendo en consideración que en el remedio jurídico se formula una extensa exposición revelando los agravios que surgirán del fallo impugnado, el caso que nos ocupa resulta merecedor de ser juzgado por el más Alto Tribunal de la Nación, cuya función institucional resulta insoslayable y, por ende...custodia e intérprete final de aquel ordenamiento superior" (fs. 266).

2º) Que esta Corte ha tenido oportunidad de declarar, con énfasis y reiteración, la nulidad de las resoluciones por las que se concedían recursos extraordinarios cuando ha constatado que aquéllas no daban satisfacción a un requisito idóneo para la obtención de la finalidad a que se hallaba destinado (art. 169, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 310:2122 y 2306; 323:1247; 330:4090; 331:2302; 333:360, entre muchos otros); criterio que también ha sido aplicado por pronunciamientos recientes en materia de en-

juiciamientos políticos llevados a cabo por autoridades provinciales (causas "Duhalde, Eduardo Luis - Secretario de Derechos Humanos de la Nación", Fallos: 334:1791 y sus citas, y C.357.XLVIII. "Camargo, Alberto Raúl c/ Estado de la provincia de Mendoza y ots. s/ acción de amparo", pronunciamiento del 19 de junio de 2012).

3º) Que esa es la situación que se verifica en el sub lite, pues los términos sumamente genéricos del auto de concesión evidencian que el tribunal a quo ha omitido pronunciarse categórica y circunstancialmente (con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad, según la definición de la Real Academia) sobre la observancia de uno de los requisitos esenciales del recurso extraordinario, cual es —en el caso— la presencia de una cuestión federal de la naturaleza invocada por la recurrente.

En efecto, frente a situaciones substancialmente análogas a la examinada en el sub lite, este Tribunal ha afirmado que si bien incumbe exclusivamente a él juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de arbitrariedad de sentencia (Fallos: 215:199), no es menos cierto, que ello no exime a los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario federal, de resolver circunstancialmente si tal apelación —*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 arbitrariedad (Fallos: 310:1014; 313:934; 317:1321, entre muchos otros).

4º) Que el fundamento de dichos precedentes se asienta en que, de seguirse una orientación opuesta, el Tribunal debería admitir que su jurisdicción extraordinaria se viese, en principio, habilitada o denegada, sin razones que avalen uno y otro resultado, lo cual infringe un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia

de la Corte.

5º) Que por demás, el señalado deber calificado de fundamentación alcanza en las circunstancias del caso el más alto nivel de exigencia, pues no solo se ventila una cuestión de derecho público local que es, por su naturaleza, extraña a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48, sino porque el litigio que da lugar a estas actuaciones -la responsabilidad política de un intendente ventilada por ante el concejo deliberante- revela un conflicto de poderes locales que, desde la reforma del texto constitucional llevada a cabo en 1860, es un asunto que -como regla- es ajeno a la jurisdicción extraordinaria de esta Corte reglada por los arts. 31 y 116 de la Constitución Nacional, 2º de la ley 27 y 14 de la ley 48 (causa M.198.XLIII "Melgarejo, Nelson Alfredo c/ Concejo Deliberante de Puerto Piray - Mnes. s/ recurso de apelación - conflicto de poderes - art. 137 - ley 257", sentencia del 26 de junio de 2007, considerando 4º).

Por ello, se declara la nulidad de la resolución por la que se concedió el recurso extraordinario (fs. 265/267). Devuélvanse

las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva decisión sobre el punto con arreglo a la presente. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

RENAL HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por: el actor Raúl Vega, representado por los Dres. Elias Taurant y María Alejandra Martín.

Traslado contestado por Jorge Alberto Pérez Corvalán, en calidad de Presidente del Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Francisco del Monte de Oro, provincia de San Luis, con el patrocinio letrado del doctor Antonio Alberto Pérez Miranda.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis.

CORNEJO TORINO, JORGE ANTONIO Y OTRO s/RECURSO DE CASACIÓN

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Si bien la resolución apelada -que hace lugar al planteo de prescripción articulado por la defensa, en orden al delito de estrago doloso agravado por la muerte de personas- no constituye sentencia definitiva, debe enmarcarse dentro de aquellos

casos en que resulta equiparable a tal, puesto que le niega al requerimiento fiscal de elevación a juicio -que no fue anulado- el carácter interruptor de la prescripción que el Código Penal reconoce, lo que implicaría una virtual declaración de cumplimiento del plazo que establece dicho ordenamiento y podría significar la extinción de la acción y el fin del pleito, debido a la imposibilidad de reeditar la cuestión, lo que evidencia la existencia de un gravamen de imposible reparación ulterior, que habilita la instancia extraordinaria.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

PRESRICPCION DE LA ACCION PENAL

Si bien la resolución apelada -que hace lugar al planteo de prescripción articulado por la defensa, en orden al delito de estrago doloso agravado por la muerte de personas- no constituye sentencia definitiva, debe enmarcarse dentro de aquellos casos en que resulta equiparable a tal, correspondiendo la intervención del Tribunal por cuanto los hechos investigados, por su gravedad y trascendencia institucional, exceden los intereses de las personas directamente involucradas en la causa, y la actuación del a quo, resulta contraria a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, y ha generado una injustificada dilación en el trámite de la causa que es necesario evitar en lo sucesivo.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

PRESRICPCION DE LA ACCION PENAL

Cabe hacer lugar al recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal y dejar sin efecto la sentencia apelada -que hace lugar al planteo de prescripción articulado por la defensa, en orden al delito de estrago doloso agravado por la muerte de personas-, pues le niega al requerimiento fiscal de elevación a juicio -que no fue anulado-, el carácter interruptor de la prescripción que el Código Penal reconoce, y si bien la cuestión planteada versa sobre el alcance de un pronunciamiento que resuelve acerca de la procedencia del recurso de casación y de la declaración de nulidad de un acto del proceso que resultaría ajena, por regla y dado su carácter procesal, al conocimiento del Tribunal, corresponde hacer excepción a tal principio, dado que como resultado de consideraciones rituales suficientes y de una interpretación literal y aislada de una providencia anterior del tribunal, se dejan sin efecto actuaciones realizadas de manera regular, lo que no se compadece con la buena marcha de las instituciones.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

PRESRICPCION DE LA ACCION PENAL

Cabe hacer lugar al recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal y dejar sin efecto la sentencia apelada -que hace lugar al planteo de prescripción articulado por la defensa, en orden al delito de estrago doloso agravado por la muerte de personas- pues le niega al requerimiento fiscal de elevación a juicio -que no fue anulado- el carácter interruptor de la prescripción que el Código Penal reco-

noce, por cuanto le reconoce al tribunal oral la facultad de anular el requerimiento de elevación a juicio válidamente emitido, por el contenido y a partir de su propia apreciación de prueba incorporada con posterioridad a ese dictamen, atribuyéndole así la potestad de determinar la pretensión punitiva del Estado, con afectación de la autonomía funcional de los fiscales, a quienes incumbe decidir si cabe mantener el objeto de la acusación -hasta ese momento vigente- conforme fue descripto en el requerimiento y a pesar de la provisoria apreciación que el tribunal hizo de aquella prueba nueva; agregarle otro hecho de manera alternativa, o modificarlo.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Córdoba confirmó el auto de procesamiento de Jorge Antonio C T y Marcelo Diego G en orden al delito de estrago doloso agravado por la muerte de personas (artículo 186, inciso 5º, del Código Penal), y no hizo lugar al planteo de extinción de la acción por prescripción formulado por sus letrados defensores.

Respecto de este último punto, consideró que el curso de la prescripción en relación a C T y G por los hechos de los días 3 y 24 de noviembre de 1995, resultó interrumpido con motivo del llamado para recibirlas declaración indagatoria, del 5 de enero de 1996, y del requerimiento fiscal de elevación a juicio, del 28 de marzo de 2001, por lo que –concluyó– no transcurrió el tiempo previsto en el artículo 62, inciso 2º, del Código Penal para que opere ese instituto.

Contra esa decisión la defensa dedujo recurso de casación, cuyo rechazo motivó la consiguiente queja, a la que el *a quo* hizo lugar, revocando finalmente la decisión de la cámara de apelaciones en lo tocante a la prescripción de la acción penal.

Al respecto sostuvo, por mayoría, que no cabe tener dicho requerimiento fiscal como acto interruptor del curso de la prescripción, pues esa sala –con distinta integración– por auto del 17 de junio de 2004 (cf. fs. 13.322/3) expresó que la decisión del tribunal oral de reenviar la causa a la etapa de instrucción con el objeto de que se investigara un nuevo hecho de implicó dejar sin efecto aquel dictamen.

Contra este pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal y la parte querellante dedujeron sendos recursos extraordinarios (fs. 378/397 y 398/433,

respectivamente), que fueron concedidos a fs. 459 de este legajo.

-II-

En la apelación federal el representante de este Ministerio Público alegó que en la decisión impugnada el *a quo* hizo una errónea interpretación de las disposiciones legales relativas a la prescripción de la acción penal, que las torna inoperantes.

Asimismo, la tachó de arbitraria por entender que le dio un irrazonable alcance a aquella resolución anterior en la que esa sala, con distinta integración, sostuvo que el auto de reenvío de la causa a la etapa de instrucción con el objeto de que se investigara un hecho nuevo surgido de la instrucción suplementaria, implicó dejar sin efecto el requerimiento de elevación a juicio.

En ese sentido alegó, de conformidad con el criterio con que la cámara de apelaciones rechazó el planteo de prescripción de la defensa, que el auto por el que el tribunal oral devolvió la causa al juzgado no dispuso ni significó la invalidez del requerimiento de elevación a juicio previo.

Indicó en ese punto, que el auto de remisión no se apoyó en alguna de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento procesal, y fue dictado con el objeto de que se determinara si también correspondía formular acusación por un nuevo hecho, distinto al que motivó la requisitoria de juicio, sin afectar entonces su validez, que se mantiene vigente.

Destacó también que la interpretación que el *a quo* hizo de su anterior intervención, en el sentido de que el reenvío implicó privar al requerimiento de todos sus efectos, equivale a anularlo, y da lugar a una contradicción por cuanto en ese mismo pronunciamiento se rechazó el planteo de nulidad por considerar que resultaría en el sólo interés de la ley.

Por otra parte refirió que, sin perjuicio de lo expuesto, el *a quo* en su análisis pasó por alto otro acto que interrumpió el curso de la prescripción, como lo es el llamado a los imputados para prestar declaración indagatoria por un hecho diverso del que fue objeto de la requisitoria de juicio anterior, y que fue calificado provisoriamente como estrago doloso agravado por la muerte de personas (artículo

186, inciso 5º, del Código Penal) en el posterior auto por el que se dispuso sus procesamientos. Indicó al respecto que a la fecha de esa convocatoria –14 de marzo de 2005– no había transcurrido por completo el plazo de prescripción de la acción.

Por último, sostuvo que resulta aplicable la doctrina de la gravedad institucional, debido a la trascendencia social e interés institucional en los hechos del caso.

Por su parte, el letrado de la parte querellante alegó en la impugnación extraordinaria que los votos que integran el pronunciamiento apelado son autocontradicitorios, y no conforman una mayoría coincidente sobre los fundamentos para llegar a la solución expresada en la parte dispositiva de la sentencia.

—III—

Si bien la resolución apelada no constituye una sentencia definitiva, entiendo que se enmarca en aquellos casos en que resulta equiparable a tal, puesto que le niega al requerimiento fiscal de elevación a juicio que no fue anulado el carácter interruptor de la prescripción que el Código Penal le reconoce, lo que en el *sub lite* implicaría una virtual declaración de cumplimiento del plazo que establece ese ordenamiento de fondo, y podría significar, en definitiva, la extinción de la acción y el fin del pleito, debido a la imposibilidad de reeditar la cuestión. Ello evidencia, en mi opinión, la existencia de un gravamen de imposible reparación ulterior, que habilita la instancia extraordinaria (cf. Fallos: 308:334; 311:696; 326:1902; 327:423).

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo que corresponde la intervención de V.E. en el caso por cuanto los hechos investigados, por su gravedad y trascendencia institucional, exceden los intereses de las personas directamente involucradas en la causa, y la actuación del *a quo*, a mi modo de ver, resulta contraria a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia (Fallos: 156:283; 300:226; 322:3241; 326:2783; 332:1492), y ha generado una injustificada dilación en el trámite de la causa que es necesario evitar en lo sucesivo.

En ese sentido, cabe recordar que en el *sub lite*, entre otros hechos, se atribuye a los nombrados haber provocado, de manera intencional y organizada, y

por intermedio de personas no identificadas, una explosión en los Depósitos de Expedición y Suministro de la Fábrica Militar Río Tercero –de la que eran Director y Jefe de la División Producción Mecánica, respectivamente–, que generó una importante onda expansiva que dispersó centenares de proyectiles y municiones que impactaron en la población adyacente, provocando la muerte de siete personas y lesiones de diversa entidad en una cantidad no determinada (fs. 11 vta./12 de este legajo). Se sostuvo, además, que con esa explosión se habría pretendido ocultar la falta de proyectiles, municiones y explosivos –cercana a treinta y cinco mil unidades– (fojas citadas).

Aprecio que el *a quo* hizo lugar a la presentación directa de la defensa de los imputados a pesar de que la decisión de la cámara de apelaciones, acerca de la validez del requerimiento de elevación a juicio y su efecto sobre el curso de la prescripción, no constituye alguna de las resoluciones recurribles por la vía casatoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 457 del código de forma.

Si bien es cierto que el examen de la admisibilidad del recurso es facultad privativa del tribunal de alzada, dicho principio no puede aplicarse de modo absoluto (Fallos: 302:176), y entiendo que cabe hacer excepción a esa regla cuando –como en mi opinión ocurre en el *sub examine*– la solución adoptada carece de fundamentación suficiente y redonda en menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

En ese sentido, para admitir la procedencia formal de aquella impugnación el tribunal *a quo* destacó la posibilidad de que se generara un gravamen de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior, con apoyo en la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, invocada por los impugnantes.

Sin embargo, aprecio que dicho planteo carecía de la fundamentación que habilitara su tratamiento, desde que la defensa no se ocupó de demostrar lo irrazonable de la prolongación del proceso (Fallos: 330:4539). En efecto, ni en el escrito del recurso de casación ni en el de la consiguiente queja se explicó por qué el lapso transcurrido desde el inicio de la causa resultaría por sí mismo excesivo, y más allá de la mera referencia que se hizo al trámite posterior a la instrucción

suplementaria que desarrolló el tribunal oral, se omitió examinar los diversos actos llevados a cabo por los magistrados y las partes en el transcurso de todo el proceso, indicar cuáles de ellos habrían dado lugar a dilaciones indebidas, y demostrar que éstas sean de entidad suficiente para generar un menoscabo a ese derecho; lo que resultaba especialmente exigible, desde que en la materia no existen plazos automáticos o absolutos (cf. Fallos: 330:5082 y causa S. 61, XLVI, “Simón, Julio H. s/recurso de casación”, sentencia del 1º de junio de 2010) y la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible (cf. considerando 13º del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano en Fallos: 322:360, y sus citas; voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni en los autos P. 1991, L. XL, “Paillot, Luis María y otros s/ contrabando”, de 1º de abril de 2008).

Por lo demás, cabe destacar que ese agravio no fue luego objeto de consideración por los magistrados que conformaron la opinión mayoritaria, pues expresamente excluyeron su análisis del acuerdo basados en la necesidad de que la cámara de apelaciones se pronunciara previamente acerca de la especial naturaleza de los hechos –calificados por el juez de primera instancia como delitos de lesa humanidad– y su incidencia en el derecho invocado por la defensa de los imputados, generando entonces una contradicción con el tratamiento que se dio al planteo de prescripción, el que –según ese razonamiento– habría sido prematuro.

-IV-

Luego de asentir la procedencia de la impugnación, el *a quo* pasó a analizar si la resolución de 17 de junio de 2004, dictada por esa sala con distinta integración, repercutió en el requerimiento fiscal de elevación a juicio por la presunta comisión del delito de estrago culposo agravado por la muerte de personas.

Es pertinente mencionar que por esa decisión se desestimó la presentación directa que dedujo la parte querellante con motivo de la denegación del recurso de casación por el que pretendió que se anulara dicho requerimiento con base en el reenvío dispuesto por el tribunal oral. En ella la sala expresó que, en atención a los fundamentos con que se ordenó el regreso de la causa al juzgado instructor, quedó implícitamente sin efecto aquel dictamen, y la declaración de

nulidad, en consecuencia, resultaba improcedente desde que no cabía declararla en el sólo beneficio de la ley o por la nulidad misma.

El *a quo* entendió –como adelanté– que esa afirmación privó de eficacia al requerimiento de elevación a juicio. Para arribar a tal conclusión, el primero de los votos que conformaron la opinión mayoritaria se apoyó en lo que denominó “principio de progresividad y congruencia del proceso”, y en –lo que consideró– una interpretación literal y lógica de los términos de aquella resolución, que en su opinión resulta coherente con los argumentos en que se basó el tribunal oral para disponer el reenvío de la causa a la etapa de instrucción. El otro vocal, además de compartir las consideraciones del anterior, se refirió al reenvío dispuesto por el tribunal oral, y dijo que esa decisión, que estuvo motivada por un hecho distinto del que fue objeto del requerimiento de elevación a juicio, significó desconocerle cualquier efecto a dicho dictamen, entre los que destacó el de habilitar la apertura del juicio, el de permitir el ejercicio de la defensa de los procesados dándoles a conocer la imputación sobre la que versará el juicio, y el de interrumpir el curso de la prescripción de la acción.

Si bien la cuestión así planteada versa sobre el alcance de un pronunciamiento que resuelve acerca de la procedencia del recurso de casación y de la declaración de nulidad de un acto del proceso, y resultaría ajena, por regla y dado su carácter procesal, al conocimiento de la Corte, pienso que corresponde hacer excepción a tal principio cuando, como resultado de consideraciones rituales insuficientes y de una interpretación literal y aislada de una providencia anterior del tribunal, se dejan sin efecto actuaciones realizadas de manera regular, lo que no se compadece con la buena marcha de las instituciones (*Fallos*: 297:486; 300:417; 305:913).

Así lo considero, desde que aprecio que el examen que el *a quo* hizo de la anterior decisión de la sala, en definitiva, se circunscribió a los meros términos empleados y no ponderó circunstancias relevantes a efectos de establecer su real alcance.

En efecto, advierto en primer lugar que se pasó por alto que faltaba un requisito para que en aquella oportunidad hubiera podido dictarse un

pronunciamiento sobre el fondo del asunto, desde que la decisión que la parte querellante pretendía revertir –rechazo del planteo de nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio por un hecho al que se le aplicó una figura culposa– no resultaba recurrible por esa vía, de conformidad con el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación.

No correspondía, entonces, que el tribunal se pronunciara acerca del asunto planteado por la querella, y todo razonamiento sobre el punto era innecesario para la correcta solución de la cuestión.

Asimismo, aprecio que el *a quo* no reparó debidamente en que la hipótesis de que el reenvío dejó sin efecto el requerimiento de elevación a juicio, además de que no venía al caso, tampoco contó con sustento en alguna norma del ordenamiento jurídico ni en los términos de la resolución del tribunal oral. En efecto, en ningún pasaje de esta última –incluso los que fueron reproducidos de manera parcial en el pronunciamiento apelado– se expresó aquel criterio. Y, eliminando toda duda que, de todos modos, pudiere haber existido sobre el punto, el tribunal oral expresó –frente al recurso de aclaratoria por el que la querellante solicitó la anulación de dicho requerimiento– que tal declaración estaba fuera de las facultades de ese órgano, y además era improcedente porque constituía una modificación esencial de la decisión de reenvío (cf. fs. 13.316, punto 4, del cuerpo sesenta y seis).

Además de las circunstancias mencionadas, relativas al incumplimiento de un requisito para habilitar la instancia casatoria y a la falta de fundamentación de la inteligencia que se hizo del pronunciamiento emitido en esas condiciones, advierto que en el *sub examine* tampoco se evaluó la repercusión del criterio que el *a quo* extrajo de aquella anterior decisión en el ejercicio de la misión requirente que compete al Ministerio Público (artículo 120 de la Constitución Nacional; artículos 1, 25, 29 y 33 de la Ley Orgánica del Ministerio Público –24.946–).

Así lo considero, por cuanto le reconoce al tribunal oral la facultad de anular el requerimiento de elevación a juicio válidamente emitido, por el contenido y a partir de su propia apreciación de prueba incorporada con posterioridad a ese

dictamen, atribuyéndole así la potestad de determinar la pretensión punitiva del Estado, con afectación de la autonomía funcional de los fiscales, a quienes incumbe decidir si cabe mantener el objeto de la acusación –hasta ese momento vigente– conforme fue descripto en el requerimiento y a pesar de la provisoria apreciación que el tribunal hizo de aquella prueba nueva; agregarle otro hecho de manera alternativa, o modificarlo.

En tales condiciones, estimo que el *a quo* omitió una adecuada ponderación de aspectos relevantes de la causa, y producto de ello efectuó una errónea comprensión de la anterior resolución de esa sala, que en mi opinión sólo significó –aunque con términos no absolutamente precisos– que aquel dictamen –que incluso podía ser ampliado por el agente fiscal– no generaba agravio a la parte querellante. A mi modo de ver, es la exégesis que se ajusta al objetivo constitucional de afianzar la justicia, entendiendo a ésta como una virtud al servicio de la verdad sustancial.

No me habría detenido en el análisis de esos aspectos procesales, si no hubieran tenido como consecuencia una severa afectación de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, y de los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, estimo pertinente destacar que, en mi opinión, tampoco configura el cumplimiento de la adecuada fundamentación que debe contener una sentencia judicial, la mera invocación al principio de progresividad que se hizo en el primero de los votos que conformó la opinión mayoritaria del fallo apelado, a efectos de ratificar el criterio de la invalidez del requerimiento fiscal de elevación a juicio, por cuanto se limitó a recordar que la Corte “tiene dicho que el proceso penal se integra con una serie de etapas progresivas y que, cada una de ellas constituye el presupuesto necesario de la que le sigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden” (fs. 352 vta., anteúltimo párrafo), sin analizar la aplicación de ese precepto al *sub examine*, ni explicar por qué razón habría que considerar, con base en ese principio, que el reenvío dispuesto por el tribunal del juicio invalidaría aquel

dictamen fiscal, emitido en una etapa anterior.

En consecuencia, pienso que la sentencia apelada debe ser descalificada como tal, lo que además permitirá, poniendo fin a la dilación originada con motivo de esa decisión, cumplir con la finalidad última del proceso penal, que consiste en conducir las actuaciones del modo más rápido posible, que otorgue tanto a la acusación la vía para obtener una condena como al imputado la posibilidad de su sobreseimiento o absolución (Fallos: 315:1553; 324:4135, voto de los doctores Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert).

-V-

Por otra parte, aun cuando no se compartiera el criterio precedentemente expuesto tampoco puedo dejar de señalar que el alcance que el *a quo* dio a su decisión, y que constituye motivo de agravio, supone considerar la eficacia interruptiva de la prescripción de los actos procesales según las disposiciones de la ley 25.990, lo que no resulta admisible cuando se trata de un caso por hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, de acuerdo con los fundamentos expuestos en los dictámenes emitidos en las causas T. 404, XLII, “Torca, Héctor s/recurso de casación”, del 8 de noviembre de 2006 (Fallos: 330:5158), y D. 675; L. XLIV, “Dapueto de Palo, Miguel Angel Rafael p.s.a. alteración de límites s/queja, del 9 de noviembre de 2009

-VI-

Por las razones expuestas, mantengo el recurso interpuesto por el señor Fiscal de Cámara y, asimismo, estimo que corresponde hacer lugar a la apelación federal de la parte querellante que, en lo sustancial, coincide con la pretensión de este Ministerio Público.

Buenos Aires, 19 de octubre de 2011.-

ESTEBAN RIGHI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de mayo de 2013.

Vistos los autos: “Cornejo Torino, Jorge Antonio y otro s/
recurso de casación”.

Considerando:

Que respecto del recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 378/397 vta., esta Corte comparte –en lo pertinente y con exclusión del apartado V– los argumentos vertidos por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen de fs. 470/474, a cuyos fundamentos cabe remitirse en razón de brevedad.

Que el recurso extraordinario deducido por la querella a fs. 398/433 vta. es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, el Tribunal resuelve: 1º) Hacer lugar al recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal, dejar sin efecto la sentencia apelada y remitir la presente al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a ello; 2º) Rechazar el recurso extraordinario deducido por la querella, con costas. Notifíquese y cúmplase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO
CARLOS S. FAYT
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por Pedro Narvaiz, Fiscal General de Casación Penal y por el Dr. Ricardo Monner Sans, letrado apoderado de la querella, Ana Elba Gritti.

Tribunal de origen: Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.

ARGENTO, FEDERICO ERNESTO C/ ADMINISTRACION NACIONAL
DE SEGURIDAD SOCIAL S/ REAJUSTES VARIOS

HABER JUBILATORIO

Si la aplicación al caso del art. 26 de la ley 24.241 dejó sin efecto alguno al art. 24 de dicho régimen, quedando la prestación compensatoria liquidada sólo en función del AMPO, perdiendo todo nexo con el nivel salarial alcanzado en actividad, a punto tal que aun sumada a la prestación básica universal no llega a representar el 10% de las últimas remuneraciones del causante, dicho resultado revela el perjuicio concreto que ocasiona la suerte de tope a la prestación compensatoria establecido por la norma cuestionada, en una magnitud tal que la merma del haber resulta confiscatoria, circunstancia que lleva a declarar la inconstitucionalidad del art. 26 de la mencionada ley.

REAJUSTE JUBILATORIO

Resulta inoficioso expedirse sobre la tacha de invalidez formulada respecto del tope de 35 años establecido por el art. 24 de la ley 24.241, toda vez que al haber sido calculada la prestación compensatoria computando 37 años de servicios, no existe una controversia sobre el punto que habilite un pronunciamiento del Tribunal.

REAJUSTE JUBILATORIO

Los agravios de la pensionada relacionados con la posterior movilidad de las prestaciones son procedentes, pues a pesar de que dicho pedido no fue formulado ante la alzada, se advierte que para esa época el art. 7º, inciso 2, de la ley 24.463 no había producido en las prestaciones el daño que se verificó con posterioridad al 2003, en que comenzaron a incrementarse las variables que reflejaban la evolución de los salarios de actividad, y habida cuenta de que el Tribunal debe adecuar su pronunciamiento a las circunstancias existentes al tiempo de fallar, corresponde admitir la impugnación vinculada con la existencia de incrementos después del 10 de enero de 2002 y remitir sobre el punto a lo resuelto en la causa “Badaro” (Fállos: 330:4866), por lo que la prestación deberá ajustarse del modo allí indicado, sin perjuicio de que al practicar la liquidación se descuenten las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los decretos del Poder Ejecutivo que dispusieron aumentos en las prestaciones en el período indicado.

REAJUSTE JUBILATORIO

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” (Fallos: 327:3721), al que remitió la Corte en relación a la crítica del ANSES dirigidas a objetar la tasa pasiva de interés-.

REAJUSTE JUBILATORIO

Si la aplicación al caso del art. 26 de la ley 24.241 dejó sin efecto alguno al art. 24 de dicho régimen, quedando la prestación compensatoria liquidada sólo en función del AMPO, perdiendo todo nexo con el nivel salarial alcanzado en actividad, a punto tal que aun sumada a la prestación básica universal no llega a representar el 10% de las últimas remuneraciones del causante, dicho resultado revela el grave menoscabo que ha producido en la prestación en examen la aplicación del tope impugnado, a la luz de los principios básicos que se encuentran sometidos a los derechos en juego, amparados por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pues el haber de pasividad resultante no guarda una proporción justa y razonable con el esfuerzo contributivo desplegado, circunstancias que llevan a declarar la inconstitucionalidad del art. 26 de la ley citada.

-Voto del juez Carlos S. Fayt-.

HABER JUBILATORIO

La prestación compensatoria fue prevista por el legislador a fin de que el haber de la jubilación reflejara la trayectoria laboral y de cotizaciones del beneficiario, en particular durante la última etapa de su vida activa, y con tal propósito, el art. 24 de la ley 24.241 dispuso que este componente debía determinarse multiplicando la cantidad de servicios con aportes por el 1,5% del promedio de las remuneraciones sujetas a contribuciones, actualizadas y percibidas durante los últimos 10 años anteriores al cese, no obstante lo cual la ley también introdujo como límite un factor extraño a ese esfuerzo contributivo personal, al disponer en su art. 26 que “el haber máximo de la prestación compensatoria será equivalente a una vez el AMPO por cada año de servicios.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

En los autos S.C. B. N° 4304, L. XXXVIII, caratulados “Baila, Rubèn Agustín c/ANSeS s/reajustes varios”, dictaminado el 14 de octubre del corriente, el Sr. Procurador General de la Nación decidió que, por no configurarse las materias a que se refiere el artículo 24 inciso 6º, apartado b) y c) del decreto-ley 1285/58, no corresponde que este Ministerio Público Fiscal dictamine en el recurso ordinario de apelación interpuesto.

De acuerdo con lo allí dispuesto y lo establecido por los arts. 33 y 35 de la ley 24.946, corresponde devolver las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a

sus efectos.

Buenos Aires, 15 de octubre de 2010.



MARTA A. BERTRÓ de GONÇALVEZ
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

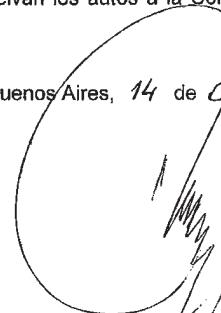
DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Toda vez que en el caso no se configuran las materias a que se refiere el artículo 24 inciso 6º, apartados b) y c) del decreto-ley 1285/58, no corresponde que este Ministerio Público Fiscal dictamine en el recurso de apelación ordinaria interpuesto en esta causa.

Vuelvan los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a sus efectos.

Buenos Aires, 14 de ~~noviembre~~ de 2010.


ESTEBAN RIGHI
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *26 de marzo de 2013.*

Vistos los autos: "Argento, Federico Ernesto c/ ANSeS s/ reajustes varios".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó el fallo de la instancia anterior que había ordenado a la ANSeS que practicara un nuevo cálculo del haber inicial del beneficio previsional y su posterior movilidad, ratificó la inconstitucionalidad de los arts. 3 y 9, inciso 3, de la ley 24.463 y rechazó los restantes planteos formulados por la actora, las partes dedujeron sendos recursos ordinarios de apelación que fueron concedidos (art. 19, ley 24.463).

2º) Que la demandante aduce que la jubilación del causante fue limitada de manera confiscatoria por el art. 26 de la ley 24.241, por lo que solicita que se declare inconstitucional dicha disposición, tacha que extiende al art. 24, inciso a, de la ley citada, que impide considerar en el cálculo de su beneficio a la totalidad de los años efectivamente aportados. Requiere, por último, que se reajuste la prestación en los períodos posteriores a abril de 1995.

3º) Que a fin de examinar la primera de las cuestiones constitucionales planteadas, es menester tener en cuenta que la prestación compensatoria fue prevista por el legislador a fin de que el haber de la jubilación reflejara la trayectoria laboral y de cotizaciones del beneficiario, en particular durante la última etapa de su vida activa. Con tal propósito, el art. 24 de la ley 24.241 dispuso que este componente debía determinarse multiplicando la cantidad de servicios con aportes por el 1,5%

del promedio de las remuneraciones sujetas a contribuciones, actualizadas y percibidas durante los últimos 10 años anteriores al cese.

4º) Que, sin embargo, la ley también introdujo como límite un factor extraño a ese esfuerzo contributivo personal, al disponer en su art. 26 que "el haber máximo de la prestación compensatoria será equivalente a una vez el AMPO por cada año de servicios...". Cabe recordar que esa unidad de medida guardaba relación con el comportamiento general del sistema previsional (ingresos por aportes de los trabajadores y cantidad de cotizantes) y que también se utilizó para establecer una remuneración máxima sujeta a descuentos (arts. 1º del decreto 2433/93 y 9 de la ley 24.241).

5º) Que el demandante se desempeñó durante más de 37 años como gerente general de "SADE S.A." y "Maipú Inversora S.A.", con un sueldo superior a los \$ 15.000 en los últimos 10 años de servicios (\$ 25.950 al cese), según surge de las certificaciones y de la liquidación practicada por el organismo previsional (fs. 18/22, 23/28 y 70 del expediente administrativo 024-59135611-01). Cabe tomar en consideración, además, que por efecto de las fechas de vigencia del sistema integrado de jubilaciones y pensiones y del cese laboral del causante, sólo en 11 de las 120 mensualidades el aporte fue reducido por el art. 9 antes citado.

6º) Que el promedio salarial de los últimos años de actividad calculado por la ANSeS según lo previsto en el art. 24 de la ley 24.241, con la actualización dispuesta por el juez de primera instancia a partir de abril de 1991, debería haberse determinado en \$ 16.706,20, lo cual hubiese conducido a un nivel inicial de la prestación equivalente a \$ 9.440,47. Sin embargo, al ser el AMPO vigente a la fecha de adquisición del derecho de \$ 63, la aplicación del tope del art. 26 de la ley citada redujo

ese componente con una quita superior al 70%, fijándolo en la suma de \$ 2.331.

7º) Que, en tales condiciones, la aplicación al caso del art. 26 de la ley 24.241 dejó sin efecto alguno al art. 24 de dicho régimen, pues la prestación compensatoria quedó liquidada sólo en función del AMPO y perdió todo nexo con el nivel salarial alcanzado en actividad, a punto tal que aun sumada a la prestación básica universal no llega a representar el 10% de las últimas remuneraciones del causante.

8º) Que, por lo demás, el resultado antedicho revela que en la presente causa se ha demostrado el perjuicio concreto que ocasiona la suerte de tope a la prestación compensatoria establecido por la norma cuestionada, en una magnitud tal que la merma del haber resulta confiscatoria de acuerdo con la doctrina del Tribunal (cf. doctrina de Fallos: 323:4216 y 329:3211), circunstancia que lleva a declarar la constitucionalidad del art. 26 de la mencionada ley).

9º) Que, en cambio, resulta inoficioso expedirse sobre la tacha de invalidez formulada respecto del tope de 35 años establecido por el mencionado art. 24, toda vez que al haber sido calculada la prestación compensatoria computando 37 años de servicios, no existe una controversia sobre el punto que habilita un pronunciamiento de este Tribunal.

10) Que los agravios de la pensionada relacionados con la posterior movilidad de las prestaciones son procedentes. En efecto, a pesar de que dicho pedido no fue formulado ante la alzada, se advierte que para esa época el art. 7, inciso 2, de la ley 24.463 no había producido en las prestaciones el daño que se verificó con posterioridad al 2003, en que comenzaron a incrementarse las variables que reflejaban la evolución de los salarios de actividad (causa "Badaro", Fallos: 329:3029, considerando 9).

11) Que, por ello y habida cuenta de que el Tribunal debe adecuar su pronunciamiento a las circunstancias existentes al tiempo de fallar cuando se le ha dado a las partes la oportunidad de ser oídas y ejercer su derecho de defensa, corresponde admitir la impugnación vinculada con la existencia de incrementos después del 1º de enero de 2002 y remitir sobre el punto a lo resuelto por el Tribunal en la causa "Badaro" (Fallos: 330:4866), cuyas consideraciones se dan por reproducidas, por lo que la prestación deberá ajustarse del modo allí indicado, sin perjuicio de que al practicar la liquidación se descuenten las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los decretos del Poder Ejecutivo que dispusieron aumentos en las prestaciones en el período indicado.

12) Que las críticas de la ANSeS dirigidas a objetar la tasa pasiva de interés, encuentran adecuada respuesta en la causa "Spitale" (Fallos: 327:3721).

13) Que lo expuesto por el organismo previsional en relación con los topes máximos contemplados por los arts. 55 y 9, inciso 2, de las leyes 18.037 y 24.463, respectivamente, y con el plazo de cumplimiento de la sentencia, no se hace cargo de lo resuelto por la alzada sobre el punto, por lo que corresponde declarar la deserción del remedio intentado en ese aspecto. Los restantes cuestionamientos no se refieren a temas específicos de la sentencia impugnada, de manera que carecen del requisito de fundamentación exigible.

Por ello, el Tribunal resuelve: Hacer lugar en forma parcial a los recursos ordinarios, declarar la inconstitucionalidad del art. 26 de la ley 24.241, confirmar la sentencia apelada respecto de la tasa de interés en concordancia con el precedente "Spitale" y disponer que la movilidad por el lapso indicado en el fallo "Badaro", se practique de conformidad con el índice

allí fijado, salvo que los incrementos dispuestos por los decretos del Poder Ejecutivo durante igual período arrojasen una prestación superior, caso en el cual deberá estarse a su resultado. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT
(Segundo voto)

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

VO -/-

-///- TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º a 7º inclusive del voto de la mayoría.

8º) Que lo expresado revela el grave menoscabo que ha producido en la prestación en examen la aplicación del tope impugnado, a la luz de los principios básicos a que se encuentran sometidos los derechos en juego, amparados por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, pues el haber de pasividad resultante no guarda una proporción justa y razonable con el esfuerzo contributivo desplegado (causa "Sánchez" publicada en Fallos: 328:1602), circunstancias que llevan a declarar la inconstitucionalidad del art. 26 de la mencionada ley.

9º) Que, en cambio, resulta inoficioso expedirse sobre la tacha de invalidez formulada respecto del tope de 35 años establecido por el mencionado art. 24, toda vez que al haber sido calculada la prestación compensatoria computando 37 años de servicios, no existe una controversia sobre el punto que habilita un pronunciamiento de este Tribunal.

10) Que los agravios de la pensionada relacionados con la posterior movilidad de las prestaciones son procedentes. En efecto, a pesar de que dicho pedido no fue formulado ante la alzada, se advierte que para esa época el art. 7, inciso 2, de la ley 24.463 no había producido en las prestaciones el daño que se verificó con posterioridad al 2003, en que comenzaron a incrementarse las variables que reflejaban la evolución de los salarios de actividad (causa "Badaro", Fallos: 329:3029, considerando 9).

11) Que, por ello y habida cuenta de que el Tribunal debe adecuar su pronunciamiento a las circunstancias existentes al tiempo de fallar cuando se le ha dado a las partes la oportunidad de ser oídas y ejercer su derecho de defensa, corresponde admitir la impugnación vinculada con la existencia de incrementos después del 1º de enero de 2002 y remitir sobre el punto a lo resuelto por el Tribunal en la causa "Badaro" (Fallos: 330:4866), cuyas consideraciones se dan por reproducidas, por lo que la prestación deberá ajustarse del modo allí indicado, sin perjuicio de que al practicar la liquidación se descuenten las sumas que pudieran haberse percibido en virtud de los decretos del Poder Ejecutivo que dispusieron aumentos en las prestaciones en el período indicado.

12) Que las críticas de la ANSeS dirigidas a objetar la tasa pasiva de interés, encuentran adecuada respuesta en la causa "Spitale" (Fallos: 327:3721).

13) Que lo expuesto por el organismo previsional en relación con los topes máximos contemplados por los arts. 55 y 9, inciso 2, de las leyes 18.037 y 24.463, respectivamente, y con el plazo de cumplimiento de la sentencia, no se hace cargo de lo resuelto por la alzada sobre el punto, por lo que corresponde declarar la deserción del remedio intentado en ese aspecto. Los restantes cuestionamientos no se refieren a temas específicos de la sentencia impugnada, de manera que carecen del requisito de fundamentación exigible.

Por ello, y demás fundamentos del voto precedente, el Tribunal resuelve: Hacer lugar en forma parcial a los recursos ordinarios, declarar la inconstitucionalidad del art. 26 de la ley 24.241, confirmar la sentencia apelada respecto de la tasa de interés en concordancia con el precedente "Spitale" y disponer que la movilidad por el lapso indicado en el fallo "Badaro", se practique de conformidad con el índice allí fijado, salvo que los incrementos dispuestos por los decretos del Poder Ejecutivo durante igual periodo arrojasen una prestación superior, caso en el cual deberá estarse a su resultado. Notifíquese y devuélvase.



CARLOS S. FAYT

Recursos ordinarios interpuestos por Leda Regina Mantegazza, en su calidad de viuda del actor, por su propio derecho con el patrocinio letrado de la Dra. Azucena Evelia Ruiz, y la Administración Nacional de la Seguridad Social, demandada en autos, representada por el Dr. Jorge P. Abdo Ferez, en calidad de apoderado.

Traslado contestado por Leda Regina Mantegazza, en calidad de viuda del actor, con el patrocinio letrado de la Dra. Azucena Evelia Ruiz.

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° 10.

GRIFFO, RICARDO ARIEL
S/EXTRADICIÓN

EXTRADICION

Corresponde revocar la sentencia que rechazó el pedido de extradición presentado por el Reino de España que, al considerar aplicable la calificación de los artículos 173, inc. 15 y 283 en función del art. 285 del Código Penal, es decir estafa y alteración de moneda de curso legal, en concurso real, entendió que había operado la extinción de la acción penal por prescripción ya que al no tratarse simplemente de alterar la banda magnética de una tarjeta de crédito sino de originar, mediante esa maniobra, un objeto totalmente imitado que no se identifica con ninguno de los dos auténticos en que se basó pero que tiene la apariencia de autenticidad, ello constituye el delito de “falsificación” de tarjeta que, por aplicación del art. 285 del código mencionado queda equiparado al de moneda en el marco del art. 282 del Código Penal.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, que denegó la extradición de Ricardo Ariel G_____, requerida por las autoridades del Reino de España, la fiscalía interpuso recurso ordinario de apelación, concedido a fojas 292.

-II-

Para así resolver, el magistrado *a quo* consideró que los hechos por los cuales se requiere la entrega se encontrarían prescriptos (artículo 9.c del Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal con el Reino de España; cfr. ley 23708).

Pues bien, a fin de determinar si ese óbice alcanza la presente rogatoria internacional, cabe tener en cuenta lo informado por las autoridades requirentes.

Del pedido formal de extradición, surge que G_____ junto a otras personas, sobre el mes de febrero de 1998, arribaron a España, donde llevaron a cabo las operaciones necesarias para cambiar las numeraciones de las bandas magnéticas en tarjetas de crédito, introduciendo en las mismas la

información codificada electrónicamente obtenida de otras cuentas, la cual era interpretada por un lector de bandas magnéticas que poseían al efecto. De este modo, usando documentación falsa y tarjetas de crédito con la banda magnética sustituida por medio de los aparatos electrónicos referidos, realizaron numerosas adquisiciones en distintos establecimientos y ciudades. Asimismo, se contactaron en Valencia con María del Carmen B... C..., a quien propusieron efectuar compras con su tarjeta de crédito, a lo que accedió y se las entregó a fin de que sea permutada su banda magnética, realizando seguidamente diversas operaciones en establecimientos comerciales. Luego, en los domicilios de ésta y donde se hallaban alojados los nombrados, se encontraron joyas, efectos, tarjetas de crédito, documentación, dinero, un lector de bandas magnéticas marca Omron, número de serie 04015, con su adaptador eléctrico, así como soportes de plásticos con bandas magnéticas con cédulas de identificación del equipo GNC y otros datos (fojas 6).

Esos hechos fueron encuadrados por el juez del país requirente en el delito de falsificación de moneda, previsto por los artículos 386 y 387 del Código Penal español, para el cual se establece una pena máxima de 12 años. Habida cuenta de esta circunstancia y lo estipulado en el artículo 131 de ese compendio de normas, la pretensión punitiva española emergente de ese ilícito prescribiría una vez transcurridos 15 años desde la comisión de la acción reprochable, lo que aún no ha ocurrido en relación con los sucesos reseñados.

El magistrado de la extradición entendió, al realizar la subsunción de la conducta en el ordenamiento jurídico argentino, que dichos actos eran constitutivos del delito de alteración de un documento equiparado a moneda de curso legal, en los términos del artículo 283 del Código Penal, que prevé un máximo de pena de 5 años, lo que implica que, en virtud de lo normado por el artículo 62.2 del ordenamiento penal, habría operado la extinción de la acción.

Resulta entonces que, de estar a la calificación penal del a

quo, la colaboración rogada no podría prosperar.

Sin embargo, estimo que los hechos descriptos en la requisitoria internacional encuadran en la acción típica de falsificar tarjetas de crédito -y no en meramente alterarlas- que en función de lo dispuesto por el artículo 285 del Código Penal, se encuentra criminalizada por el artículo 282 de ese cuerpo.

Obsérvese, en este sentido, que no se modificaron los elementos extrínsecos del objeto protegido: su numeración, el nombre del titular o la fecha de su vencimiento, sino que se transformó la sustancia misma de la tarjeta, su esencia, es decir: la información codificada que contiene.

A diferencia de los demás instrumentos comerciales equiparados a la moneda de curso legal por el artículo 285 del código de fondo, la información no se agota en el texto grabado en el soporte material, sino que está contenida en la banda magnética, que es, en definitiva, la sustancia del documento y sin la cual sería imposible realizar una operación comercial.

Así, al cambiar la información electrónica contenida en ella por la de otra, no se está alterando un formulario cierto -como lo sería el ejemplo del cheque citado en la sentencia apelada- lo que se efectúa, lisa y llanamente, es la mutación esencial de la verdad documental. Pasa a ser la *imitación* de una tarjeta de crédito completamente distinta, cuyo titular y entidad financiera emisora difieren en un todo.

En este sentido, reza la ley 25.065 que debe entenderse por tarjeta de crédito: “al instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor” (artículo 4), y agrega que: “el usuario, poseedor de la tarjeta estará identificado en la misma con: a) Su nombre y apellido. b) Número interno de inscripción. c) Su firma ológrafo. d) La fecha de emisión de la misma. e) La fecha de vencimiento. f) Los medios que aseguren la inviolabilidad de la misma. g) La identificación del emisor y de

la entidad bancaria interveniente" (artículo 5).

Y aquí, obvia decirlo, todas esas señas de una tarjeta crediticia se ven falseadas, por cuanto al introducir en su banda magnética información referida a otra, los datos consignados en su exterior se tornan mendaces, en relación a la verdad intrínseca del instrumento.

El objeto, entonces, al variar la totalidad de sus elementos constitutivos dejó de ser lo que era en su sustancia para convertirse en uno distinto, un híbrido con las señas particulares de una persona y su entidad emisora que en realidad contiene el *status* financiero codificado de otra relación comercial, que, como dijera, es la que informa a estos instrumentos.

En virtud de estas consideraciones, entiendo que debe analizarse si aún continúa vigente la acción penal para la Argentina, a la luz de lo previsto por el artículo 282 del Código Penal.

Allí se contempla un máximo de pena para la falsificación arriba descripta de 15 años. De esta forma, atento a lo dispuesto por las normas que regulan la prescripción en el orden nacional, la pretensión punitiva también subsiste para la ley argentina.

-III-

Por las razones antes mencionadas, solicito a V.E. que revoque la sentencia y haga efectiva la entrega de la persona reclamada.

Buenos Aires, 16 de marzo de 2010.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Griffo, Ricardo Ariel s/ extradición".

Considerando:

1º) Que el señor juez a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia nº 1 de Córdoba, Provincia de Córdoba, rechazó el pedido de extradición presentado por el Reino de España para someter a proceso a Ricardo Ariel Griffó por infracción a los artículos 386 y 387 del Código Penal español (fs. 284/288 vta.).

2º) Que contra esa resolución interpuso recurso de apelación ordinario el representante del Ministerio Público Fiscal quien discrepó con el encuadre típico adoptado por el a quo a los fines del principio de "doble incriminación" según el derecho argentino y las consecuencias que de ello derivó para concluir como lo hizo (fs. 300/301 vta.). A su turno, el defensor del requerido no mejoró los fundamentos de la resolución apelada, por lo que se lo tuvo por decaído del derecho a hacerlo en un futuro (fs. 314).

3º) Que según surge de los antecedentes acompañados por el país requirente el delito imputado a Griffó consistió, en síntesis, en haber llevado a cabo "...las operaciones necesarias para alterar las numeraciones de las bandas magnéticas en tarjetas de crédito" para luego proceder "...a realizar numerosas compras en distintos establecimientos y ciudades", en el Reino de España en los meses de febrero y marzo de 1998 (conf. auto de procesamiento de fecha 17 de febrero de 1999 librado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, obrante a fs. 6/8 y 64/66). Ello según el detalle aportado a fs. 144/187.

4º) Que tales hechos fueron encuadrados por el país requirente en el delito de falsificación de moneda previsto y penado por los artículos 386 y 387 del Código Penal Español. El primero de ellos en cuanto reprime al que "altere" la moneda o "fabrique" moneda falsa (inc. 1º), al que "introduzca" en el país o "exporte" moneda falsa o alterada (inc. 2º), al que la "transporte", "expenda" o "distribuya" (inc. 3º) (fs. 10). El segundo, considera "moneda" a las "tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de

pago" (fs. 11).

5º) Que, a su turno, el a quo consideró aplicable la calificación de los artículos 173 inc. 15 y 283 en función del art. 285 del Código Penal, es decir, estafa y alteración de moneda de curso legal, en concurso real. Sobre esa base, teniendo en cuenta el artículo 7, inciso c del tratado aplicable y la escala penal aplicable –un mes a seis años y uno a cinco años de prisión– como así también el tiempo transcurrido desde el llamado a indagatoria (17 de febrero de 1999) y el pedido formal de extradición receptado por la Procuración General de la Nación (14 de agosto de 2007), entendió que ha operado la extinción de la acción penal por prescripción, conforme a nuestro propio derecho sustantivo (fs. 288 vta.).

6º) Que la ley 25.065 regula diversos aspectos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito, compra y débito y lo define como el "conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es: a) posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridas; b) diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme algunas de las modalidades establecidas en el contrato; c) abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados" (artículo 1º).

Asimismo, el artículo 4º, consagra que "Se denomina genéricamente Tarjeta de Crédito al instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor", entendido éste como la entidad financiera, comercial o bancaria que emite tarjetas de crédito o que haga efectivo el pago de las mismas (artículo 2, inciso a).

7º) Que, a su turno, el artículo 5º señala que el

"usuario, poseedor de la tarjeta estará identificado en la misma con: a) "su nombre y apellido" (inciso a), "número interno de inscripción" (inciso b), "su firma ológrafo" (inciso c), "la fecha de emisión de la misma" (inciso d), la "la fecha de vencimiento" (inciso e), "los medios que aseguren la inviolabilidad de la misma" (inciso f) y "la identificación del emisor y de la entidad bancaria interveniente" (inciso g).

8º) Que la "banda magnética" está incluida entre los "medios" que aseguran la "inviolabilidad" de la tarjeta con el fin de salvaguardar su "titularidad" manteniendo la correlación que debe existir entre quien "está habilitado para el uso de la tarjeta de crédito" y "quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados" (artículo 2.b.).

9º) Que, en ese contexto normativo, el copiado de la información contenida en la banda magnética de una tarjeta para insertarla en la de otra impacta en su autenticidad ya que, aun cuando mantuviera aspectos de su emisión originaria, con su nueva conformación, lejos quedó de plasmar la "relación contractual previa entre el titular y el emisor" (artículo 4º cit.) en cuestión tan esencial como es la de la correlación que debe existir entre el "habilitado para el uso de la tarjeta de crédito" y el "responsable de todos los cargos y consumos realizados" (artículo 2.b. cit.).

10) Que este tipo de maniobra confiere idoneidad a la tarjeta a los fines de la configuración del delito de falsificación al crear una similar a la auténtica en forma tal de poder engañar sobre su esencia, siendo indiscutible que la imitación que se logra reúne los caracteres necesarios para que pueda ser sorprendida la fe pública y aceptada como auténtica al estar conformada por los "símbolos" a los cuales la ley 25.065 acuerda un valor pre establecido a punto tal que información inserta en la banda magnética se corresponde con la de otra tarjeta habilitada para circular.

No se trata simplemente de alterar la banda magnética de una tarjeta de crédito sino de originar, mediante esa maniobra, un objeto totalmente imitado que no se identifica con ninguno de los dos auténticos en que se basó pero que tiene la apariencia de autenticidad, lo cual constituye el delito de "falsificación" de tarjeta que, por aplicación del artículo 285 del Código Penal argentino queda equiparado al de moneda en el marco del artículo 282 del Código Penal.

11) Que, en tales condiciones, atento la pena máxima fijada por el artículo 282 del Código Penal, en función de lo dispuesto por el artículo 285 del Código Penal, el extremo de la prescripción de la acción penal ha de regirse por el plazo máximo de 12 años que prevé el artículo 62, inciso 2º de ese mismo código.

Asimismo, ha de computarse desde el dictado del auto de procesamiento en sede extranjera -17 de febrero de 1999 (fs. 6/8)- teniendo en cuenta la instancia de grado como acto procesal para el cómputo de la fecha de inicio del plazo en cuestión (fs. 288 vta.), en posición compartida por la defensa del requerido (fs. 286 vta.) y no controvertida por la parte recurrente (fs. 300/301), habiendo sido interrumpido por la solicitud de extradición formulada por el Reino de España.

Si bien se desconoce la fecha exacta en que ello habría tenido lugar, necesariamente fue entre el 2 de abril de 2007 en que el juez a cargo del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, D. Ismael Moreno Chamarro, libró el pedido de extradición a la "autoridad judicial competente" (fs. 4/5) y el 10 de agosto de 2007 en que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto le dio curso, en el marco de lo dispuesto por el artículo 22, primer párrafo de la ley 24.767 (fs. 17).

12) Que, a esta altura, parece necesario aclarar que la descripción de los hechos incluida en el pedido de extradición y el encuadre legal escogido por las autoridades jurisdic-

cionales del país requirente no arrojan dudas de que la imputación contra Griffó está solo dirigida al delito de "falsificación" de "tarjetas de crédito". En efecto, más allá de que la descripción de los hechos pone de manifiesto la existencia de maniobras dirigidas a defraudar, lo cierto es que el país requirente no les ha asignado -al menos en este pedido de extradición- relevancia típica para fundar la imputación contra el requerido en el delito de "estafa" o "defraudación". A punto tal que ni siquiera acompañó copias de las disposiciones penales que regulan esa conducta prohibida en el país extranjero. En tales condiciones, recurrir a la figura de la "estafa" o "defraudación" a los fines del examinar la configuración del principio de "doble incriminación" según el derecho argentino implica, en las circunstancias del caso, ampliar el objeto procesal extranjero al que se pretende someter a Griffó mediante este requerimiento, lo cual resulta inadmisible.

13) Que, por último, cabe desestimar, por infundado, el agravio ventilado por la defensa del requerido en la audiencia de debate en relación a que la descripción que de los hechos incluye el pedido de extradición es "vaga", "genérica" e "imprecisa" y "no logra satisfacer ni mínimamente las exigencias que impone la normativa legal aplicable" (artículo 13, inc. a ley 24.767) de modo tal que "impide conocer aspectos esenciales que deben indefectiblemente ponderarse al momento de decidir su eventual concesión" (fs. 285 vta.).

Ello en atención a la descripción que incluye el auto de procesamiento extranjero sobre el particular (fs. 6/8) unido al listado que acompañó el país requirente de aquellas compras efectuadas con "soportes plásticos no emitidos por American Express" pero "con numeraciones de esta compañía codificadas en las Bandas Magnéticas" (fs. 144/187).

Por lo expuesto, oído el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve:

Revocar la resolución apelada y declarar procedente la ex-

tradición solicitada por el Reino de España para someter a proceso a Ricardo Ariel Griffó por infracción a los artículos 386 y -//387 del Código Penal español.

Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa para que prosiga con el trámite.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

DISI-/-

-///-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que el artículo 9 -inciso c- del tratado de extradición suscripto con el Reino de España (ley 23.708) establece que no se concederá la extradición cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la acción penal.

2º) Que en este pedido de extradición se le imputa a

Griffo el delito de falsificación de moneda previsto en los arts. 386 y 387 del Código Penal español por haber llevado a cabo "las operaciones necesarias para alterar las numeraciones de las bandas magnéticas en tarjetas de crédito" en los meses de febrero y marzo de 1998 (conf. fs. 66 y el auto de procesamiento de fs. 6/8).

3º) Que, en tales condiciones, cabe concluir que ha operado la prescripción de la acción penal -a la luz del ordenamiento jurídico argentino vigente al momento de los hechos- correspondiente al delito de falsificación de instrumento privado (art. 292 del Código Penal) en el que se subsumen los actos por los que se solicita la extradición, toda vez que desde la fecha de comisión del delito ha transcurrido el plazo de dos años establecido por el inciso 2º del artículo 62 del Código Penal.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se confirma la -//-- sentencia apelada que rechaza el pedido de extradición formulado por el Reino de España para someter a proceso a Ricardo Ariel Griffo. Hágase saber y remítanse.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Enrique José Senestrari, Fiscal Federal de Córdoba.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia nº 1 de la Provincia de Córdoba.**

MONTOYA, MAURICIO JAVIER C/ TRANSPORTES
METROPOLITANOS GENERAL SAN MARTIN SA Y OTROS
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

OBLIGACION DE SEGURIDAD

Si no se encuentra controvertida la calidad de pasajero del actor ni que las lesiones sufridas han sido consecuencia de su caída a las vías del tren, correspondía a la empresa demandada demostrar los eximentes para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete debía trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, derecho previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios, por lo que aún cuando se admite que el demandante adoptó un comportamiento imprudente, la cámara omitió considerar que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del siniestro, ya que su personal debió adoptar las diligencias del caso y controlar que no existiesen pasajeros ubicados en lugares peligrosos o que las puertas estuviesen cerradas cuando la formación se encontrase en marcha.

OBLIGACION DE SEGURIDAD

La interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional, y teniendo en cuenta que la incorporación del vocablo seguridad es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos, extremo que se omitió considerar en la sentencia que hizo lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por el Estado Nacional y por la citada en garantía y rechazó la demanda por indemnización de los daños que sufrió el actor como consecuencia del accidente producido mientras viajaba en una formación ferroviaria.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

La Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría y en cuanto aquí resulta pertinente, confirmó, en lo sustancial, la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por el Estado Nacional y por la citada en garantía, y rechazó la demanda (fs. 581/587 y 660/667).

Para así decidir, en el marco de la acción promovida por el actor por los daños y perjuicios que habría sufrido como consecuencia del accidente ocurrido el 30 de

junio de 2002 en la estación Muñiz viajando en una formación ferroviaria de Transportes Metropolitanos General San Martín S.A., el tribunal sostuvo, compartiendo los fundamentos del juez de primera instancia, que la explotación del servicio público la realiza el concesionario a su propia costa y riesgo, sin que proceda extender la responsabilidad al Estado Nacional por un hecho que deriva de la propia actividad y que es un riesgo asumido por el concesionario.

A su vez, los magistrados afirmaron que la póliza no había sido abonada, con sustento en la pericia contable -no impugnada- de donde surgía que cuatro cheques de Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. entregados a la aseguradora, habían sido rechazados. En ese contexto, en el que la póliza se encontraba suspendida como consecuencia de ese incumplimiento, los jueces, con sustento en el artículo 31 de la Ley Nº 17.418, concluyeron que la aseguradora no era responsable por el siniestro en cuestión.

Por otra parte, y en cuanto al fondo del asunto, los señores jueces manifestaron que, en el caso, medió culpa de la víctima que eximió de responsabilidad al concesionario, desde que -según entendieron- la conducta desplegada por el actor al bajar del tren en cada estación y volver a subir sin razón que lo justifique, como viajar en un lugar inapropiado y riesgoso, fueron factores desencadenantes del acaecimiento del hecho. En este sentido, el a quo tuvo especialmente en consideración la declaración testimonial de fojas 337, de donde surge que tanto el testigo como el actor descendieron del tren para que pueda subir la gente que estaba en la estación Muñiz, y luego de subir los pasajeros, lo hicieron ellos.

Entendieron que no resultaba verosímil el argumento del demandante referente a la gran cantidad de pasajeros que viajaban en el momento del accidente en el tren, valorando la hora en la que ocurrió el accidente.

que fue desestimado (fs. 674/693 y 720), dando lugar a la presente queja (fs. 47/50, del cuaderno respectivo). En síntesis, alega que la sentencia es arbitraria por incongruente, pues omite el tratamiento de planteos presentados por su parte, y carente de fundamentación, al sustentarse en afirmaciones dogmáticas.

En particular, argumenta que los jueces de la alzada que conformaron la mayoría, no trajeron la cuestión oportunamente por su parte relativa a la autocontradicción en que había incurrido el magistrado de primera instancia en la sentencia de fojas 581/587, por cuanto en el considerando rechaza la excepción de falta de legitimación activa presentada por el Estado Nacional, y en la parte resolutiva hace lugar a dicha defensa.

Agrega que si bien la sentencia de primera instancia había hecho lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva presentada por el Estado Nacional, dicha decisión fue apelada sin que haya sido tratada debidamente en el voto de la mayoría y tampoco fue mencionada la decisión a su respecto, en la parte resolutiva. En relación con este punto, el recurrente manifiesta que el Estado resulta responsable en tanto tiene a su cargo el contralor de la prestación del servicio público, lo cual -dice- fue reconocido por esa parte a fojas 82/95. Entiende que la falta de vigencia del seguro de responsabilidad civil por la concesionaria, importa una omisión en el deber de vigilancia y contralor del Estado Nacional, en virtud de la obligación impuesta por el contrato de concesión de tomar a su cargo un seguro para quedar indemne frente a eventuales reclamos.

El recurrente considera que el tribunal omitió ponderar que el perito si bien había informado de la existencia de cuatro (4) cheques rechazados de la demandada, destinados a pagar la póliza de seguro, también señaló que no podía corroborar que no hayan sido reemplazados (según pericia, fs. 381/384).

Aduce que los magistrados que conformaron la mayoría rechazaron la demanda sobre la base de afirmaciones dogmáticas, pues si bien el testigo declaró que al momento de descender del tren había personas que subían y su parte afirmó que las personas bajaban, no existe a su juicio contradicción alguna que justifique concluir que hubo

culpa de la víctima, cuando correspondía -dice- a la demandada probar dicha situación. Señala que si bien el tribunal lo tachó de imprudente al viajar en el estribo, no realizó un estudio sobre los planteos de su parte que daban cuenta que el tren estaba excedido en su capacidad de pasajeros, lo cual fue indicado por el testigo Parodi a fojas 338.

Entiende arbitraria la decisión que no valora que el hecho de que las puertas permanecieran abiertas durante el viaje no se condice con la obligación de la empresa transportista de seguridad (cita el art. 184, Código de Comercio).

- III -

Cabe precisar, en primer término, no genera gravamen alguno el alegado error material cometido por el magistrado de primera instancia, quien conforme los fundamentos expresados a fojas 582/583 vta., rechazó la falta de legitimación activa opuesta por el Estado Nacional, pero, sin embargo, en la parte resolutiva hizo lugar a la excepción planteada. Entiendo que ello es así, pues dicho error -resaltado en el voto de la minoría, fs. 660 y vta.-, no importó impedir una decisión sobre el fondo del asunto, por lo que en esta instancia deviene abstracto.

Sentado ello, corresponde aclarar que si bien los planteos de los apelantes remiten al estudio de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del artículo 14 de la Ley Nº 48, ello no resulta óbice para abrir el recurso extraordinario cuando el tribunal ha omitido dar tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a las constancias comprobadas de la causa y el derecho aplicable (Fallos 317:768; 321:1462; 324:1344; entre otros), y ha prescindido de la consideración de elementos conducentes para decidir la cuestión relativa a la responsabilidad que se le atribuye a la empresa de ferrocarriles (v. doctrina de Fallos 317:768).

En particular, y en cuanto al fondo del asunto, V.E. ha dicho que los daños personales sufridos por el viajero se rigen por el artículo 184 del Código de Comercio, por lo que al actor le incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad

con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder (Fallos 321:1462; 327:5082), sin que, en el caso y en esta instancia, constituyan hechos controvertidos el carácter de pasajero del actor y que las lesiones sufridas se produjeron como consecuencia de la caída de aquél de la formación.

En tales condiciones, considero que asiste razón al recurrente, toda vez que la alzada concluyó que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima, y en ese contexto, eximió de responsabilidad a la demandada, invocando el artículo 184 del Código de Comercio, sin ponderar si Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. tuvo a su alcance la posibilidad de evitar el hecho dañoso, en el marco de lo dispuesto por el artículo 11 de la ley Nº 2873 que impone la obligación de proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos, ni peligro de accidentes. Ello, debo aclarar, no impide aceptar que la víctima haya podido ser también imprudente al ubicarse cerca de la puerta de acceso (v. doctrina de Fallos 327:5082).

Empero, es menester precisar en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente pudieron ser evitadas si se hubiese observado la conducta apropiada, pues la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (arts. 512 y 902, Código Civil y Fallos 317:768). Estos aspectos, a mi modo de ver, debieron ser estudiados en profundidad por el tribunal.

En este sentido, estimo que no resulta suficiente la mera afirmación efectuada por los jueces en orden a "*la lógica imposibilidad material de que el personal de la empresa pueda cerciorarse acabadamente de que algún imprudente pasajero se ubique en zonas no autorizadas o, en definitiva, peligrosas para su integridad física*" (v. fs. 665, tercer párrafo), teniendo en cuenta que, conforme expuse, constituía una obligación legal que el personal de la empresa demandada adopte las diligencias del caso, tales como controlar que no existiesen pasajeros ubicados en lugares peligrosos o que las puertas estuviesen

cerradas antes de que el tren se pusiera en marcha (v. doctrina de Fallos 317:768; 327:5082, ya citados).

Desde esta perspectiva, en mi opinión, no parece razonable liberar totalmente de responsabilidad a la empresa transportista por los daños causados; ello sin perjuicio de la eventual graduación de la responsabilidad que pudiere corresponder en función de la concurrencia de culpas, de encontrarse ésta efectivamente probada (Fallos 312:2412; 320:536).

En estos aspectos, en mi opinión, el recurso del actor debe prosperar.

En tales condiciones, deviene prematuro en esta instancia el tratamiento de los agravios del actor relativos al alcance de la responsabilidad del Estado Nacional por tener a su cargo el contralor de la prestación del servicio público y en este contexto, su legitimidad pasiva. Estas cuestiones, junto con la obligación -o no- de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte de controlar la vigencia del seguro de responsabilidad civil, deberán ser objeto de tratamiento oportuno, de acuerdo a la decisión que finalmente se adopte.

- IV -

En función de lo expuesto, en mi opinión V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 29 de abril de 2011


MARÍA A. MINICHELLO MUNICALVEZ
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *26 de marzo de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Montoya, Mauricio Javier c/ Transportes Metropolitanos General San Martín SA y otros s/ daños y perjuicios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría, confirmó en lo sustancial la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por el Estado Nacional y por la citada en garantía, y rechazó la demanda interpuesta por Mauricio Javier Montoya por indemnización de los daños que había sufrido como consecuencia del accidente producido el 30 de junio de 2002 en la estación Muñiz, mientras viajaba en una formación ferroviaria de Transportes Metropolitanos General San Martín.

2º) Que para así decidir sostuvo que la concesión de la explotación y la transferencia de los bienes muebles e inmuebles a favor de la empresa ferroviaria implicaban el desprendimiento de la guarda jurídica y la prestación de un servicio por el cual no debía responder. Asimismo, y para el caso de la citada en garantía, admitió la excepción de falta de legitimación opuesta, porque en la causa se acreditó –con sustento en el peritaje contable, no impugnado– que la póliza de seguro contratada por la demandada se encontraba suspendida de acuerdo con el art. 31 de la ley 17.418, como consecuencia de la falta de pago.

3º) Que en relación con el fondo del asunto, el tribunal señaló que la decisión de viajar en un lugar no autorizado, como era el pasillo cercano a la puerta del tren, era una circunstancia apta para configurar la eximente de responsabilidad de la empresa de transportes, en razón de que existía la im-

posibilidad material de que el personal de la empresa pudiera cerciorarse acabadamente de que algún pasajero imprudente se hubiere ubicado en zonas no autorizadas o peligrosas para su integridad física.

Agregó que tanto la conducta desplegada por el actor al bajar del tren en cada estación y volver a subir sin razón que lo justificase, como viajar en un lugar inapropiado y riesgoso, habían sido factores más que desencadenantes en el acaecimiento del hecho, configurándose la culpa absoluta de la propia víctima.

4º) Que contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario que, desestimado dio origen a la presente queja. Se agravó por considerar que la sentencia es arbitraria e incongruente ya que la alzada rechazó la demanda sobre la base de afirmaciones dogmáticas en relación con la culpa de la víctima en el acaecimiento del hecho y las condiciones en las que los pasajeros realizaban el viaje, que no se condicen a su juicio con la obligación de seguridad de la empresa transportista que debió ser evaluada con mayor estrictez, ni con la condición de sujetos vulnerables de los usuarios o consumidores.

Asimismo, en cuanto a la legitimación pasiva del Estado, la recurrente sostiene que la responsabilidad que le adjudica no proviene del hecho de ser titular del dominio de los bienes ferroviarios y concedente del servicio público, sino de tener a su cargo el contralor de la prestación, y que en el caso, él debió controlar que la empresa concesionaria tuviera contratado y vigente un seguro de responsabilidad civil, lo que no hizo.

5º) Que los planteos del apelante vinculados con el favorable acogimiento de la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, aparte de que

la decisión cuenta al respecto con fundamentos suficientes que, más allá de su acierto o error, permiten desestimar la tacha de arbitrariedad invocada.

6º) Que, por el contrario, aun cuando los agravios relacionados con la exención de responsabilidad de la empresa de transporte ferroviario conducirían a efectuar idéntico examen, ello no resulta óbice para su consideración por la vía intentada cuando la alzada ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias comprobadas de la causa y las normas aplicables (conf. Fallos: 324:3618; 325:329; 327:5082; 333:203, entre muchos otros).

7º) Que, en relación con la exención de responsabilidad de la empresa de transporte ferroviario, esta Corte tiene decidido que los daños personales sufridos por el viajero se rigen por el art. 184 del Código de Comercio, por lo que al actor le incumbe la prueba del hecho y la relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. Fallos: 313:1184; 316:2774; 321:1462; 322:139; 323:2930 y 327:5082).

8º) Que, en autos no se encuentra controvertida la calidad de pasajero del actor ni que las lesiones sufridas por este último han sido consecuencia de su caída a las vías del tren; de modo tal que correspondía a la empresa Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. demostrar los mencionados eximentes para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete debía trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, derecho previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios (conf. Fallos: 331:819 y 333:203).

9º) Que, aun cuando se admite que el demandante adoptó un comportamiento imprudente, la cámara ha omitido considerar que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evi-

tar la producción del siniestro, toda vez que su personal debió adoptar las diligencias del caso y controlar que no existiesen pasajeros ubicados en lugares peligrosos o que las mencionadas puertas estuviesen cerradas cuando la formación se encontrase en marcha (conf. Fallos: 316:2774; 317:768; 321:1462 y 333:203).

10) Que, dicha omisión viola, además, lo dispuesto por el art. 11 de la ley 2873, que establece la obligación de proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos ni peligro de accidentes (conf. Fallos: 317:768 y 321:1462).

11) Que, este Tribunal ha resuelto que la interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional. Expresó también que la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos, extremo que se ha omitido considerar en la decisión en crisis (conf. Fallos: 331:819; 333:203 y causa M.328.XLVI "Montaña, Jorge Luis c/ Transportes Metropolitanos General San Martín s/ daños y perjuicios", sentencia del 3 de mayo de 2012).

12) Que habida cuenta de lo expresado, no puede soslayarse que el deber de la empresa de transporte ferroviario demandada de extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios, no fue un tema evaluado debidamente por la cámara, que prescindió del criterio regulador previsto normativamente, que le impone el deber de extremar las previsiones para el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados en amparo de las posibles víctimas para quienes, de lo contrario, el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos (conf. Fallos: 333:203).

13) Que, en razón de lo expuesto, la sentencia impugnada no satisface las condiciones de validez de las decisiones judiciales, ya que ha omitido considerar las previsiones constitucionales que protegen a los consumidores, aplicables al caso, por lo que corresponde revocar la decisión apelada en este aspecto.

14) Que, dada la solución propuesta, este Tribunal comparte lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal en el sentido de que deviene prematuro en esta instancia el tratamiento de los agravios del actor vinculados con el alcance de la responsabilidad del Estado Nacional por tener a su cargo el controlor de la prestación del servicio público y en ese contexto, su legitimación pasiva. Dichas cuestiones junto con la obligación -o no- de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte de controlar la vigencia del seguro de responsabilidad civil, deberán ser objeto de tratamiento oportuno, de acuerdo a la decisión que finalmente se adopte.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, con el alcance indicado, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de

-//-quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por Mauricio Javier Montoya, representado el Dr. Félix Roque Aban, con el patrocinio letrado del Dr. José Luis Stratico.

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 40.

MOSLARES, JOSE LUIS c/ DIARIO LA ARENA Y OTROS
S/DAÑOS Y PERJUICIOS

LIBERTAD DE PRENSA

Si está fuera de discusión, al no haber sido materia de agravios por parte de la actora, lo afirmado por la cámara respecto a la veracidad de la filmación que había sido proporcionada al medio de prensa y que dio origen a las publicaciones cuestionadas, motivo por el cual cabía dar por acreditados los hechos y dichos que de aquéllas surgían, resulta irrelevante examinar la calidad de la fuente a la luz de la doctrina “Campillay” (Fallos: 308:789), ya que se ha acreditado y ha quedado firme su veracidad y también resulta innecesario examinar ese aspecto del fallo con base en la doctrina de la real malicia pues dicho estándar al establecer solamente criterios de imputación subjetiva, presupone obviamente la existencia de una información objetivamente falsa (Voto del juez Maqueda).

-Los jueces Lorenzetti y Fayt remiten, además, a sus votos en las causas “Patitó” (Fallos: 331:1530) y “Sciammaro” (Fallos: 330:3685)-.

LIBERTAD DE PRENSA

La decisión que responsabilizó al diario constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general si las críticas formuladas a la actuación del actor, particularmente involucrado voluntariamente en una cuestión de indudable interés público -que finalizó con el sobreseimiento de todos los imputados por falta de mérito-, no contienen expresiones que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso y si la publicación de las fotografías estuvo relacionada con hechos de carácter público y no con aspectos que invadieran la esfera reservada del actor para ser expuesta a terceros sin un interés que la justificara (Voto del juez Maqueda).

-Los jueces Lorenzetti y Fayt remiten, además, a sus votos en las causas “Patitó” (Fallos: 331:1530) y “Sciammaro” (Fallos: 330:3685)-.

LIBERTAD DE PRENSA

Si el a quo no transitó ninguno de los dos caminos posibles -considerar que el artículo periodístico contenía opiniones sobre cuestiones públicas y que no podía generar ningún deber de reparar o considerar que habían existido afirmaciones sobre hechos no ajustadas a la realidad que tornaban aplicable la doctrina de la real malicia- o una razonable combinación de ellos, las reglas sobre el alcance constitucional de las libertades de prensa y expresión no han sido seguidas, lo que torna a la sentencia en errónea e incluso arbitraria (Voto de la jueza Highton de Nolasco y Disidencia parcial de los jueces Petracchi y Zaffaroni).

-La jueza Highton de Nolasco también remite a su voto en el precedente “Patitó” (Fallos: 331:1530)-.

-Del dictamen de la Procuración General, al que los votos remiten-.

LIBERTAD DE PRENSA

Si no existió una violación al derecho a la imagen del actor pues las publicaciones con la fotografía no tuvieron por objeto revelar algún aspecto relativo a su vida privada o a la de su familia sino difundir hechos relativos a la actividad profesional relacionados con una investigación penal y el medio periodístico respaldó sus informaciones de un modo adecuado, que permite reconocer claramente a la fuente original de los hechos, lo que descarta que haya actuado de un modo imprudente, las notas que el a quo valoró para responsabilizar al medio periodístico no resultan pasibles del reproche efectuado en cuanto cumplen con los lineamientos en materia de libertad de expresión, por lo que corresponde descalificar la sentencia (Voto de la jueza Argibay).

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Los magistrados integrantes del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de la Pampa, resolvieron a fs.609/618 vta., rechazar el recurso extraordinario local interpuesto por la demandada contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Ciudad de Santa Rosa que, a su vez, modificó la sentencia de primera instancia que hizo lugar parcialmente a la acción por daños y perjuicios, condenando, en cambio, a "La Arena S.A", editora del diario del mismo nombre, a pagar en concepto de daño moral, la suma de pesos treinta mil (\$30.000) y a publicar en página central la parte resolutiva del fallo (ver fs. 444/56, 526/531).

En autos, el actor reclama el resarcimiento de los daños y perjuicios que le habrían causado una serie de publicaciones del diario referido, relacionadas con un supuesto pago en negro por parte del Gobierno Provincial, que incluía, según el matutino, la licuación de una deuda bancaria del Sr. Eduardo Elizondo y /o la empresa SIMAT. En dichas publicaciones, dijo el accionante, el diario lo imputó como parte de una supuesta triangulación, publicando imágenes suyas con una serie de leyendas sobreimpresas, diálogos telefónicos que se le adjudicaron y aseveraciones que lesionaron su imagen, honor, intimidad, su esfera espiritual y la de su grupo familiar (v. fs. 78/137).

Para decidir como lo hicieron, los jueces del Superior Tribunal local señalaron, en lo sustancial, que se adjudicó a la sentencia de grado no dejar en claro la aplicación de la doctrina de la real malicia, lo cual –sostuvieron- no constituye sustento legal para dar contenido al inciso 1° (del art. 14, de la ley 48) que requiere errónea aplicación de la ley o violación de preceptos. Con citas de autores nacionales, efectuaron algunas precisiones respecto de esta doctrina y su vinculación con el agravio formulado, adhiriendo al criterio que asevera que las referencias que hacen los jueces a la real malicia nada han agregado al derecho común vigente en nuestro país, para dar suficientes fundamentos a las sentencias.

"...Mencionarla en los pronunciamientos –refirieron- no significa adoptarla, acogerla o apoyarse en ella, como erróneamente se dice, pues ello supondría llenar un vacío que nuestro derecho no tiene.".

A invocar, en especial, el caso "Ponzetti de Balbín c/ Editorial

Atlántida", compartieron el postulado de que el derecho a la intimidad constituye el último bastión de la libertad, dando con ello respuesta –dijeron- a la pretendida superioridad de la libertad de prensa cuando, como en la especie, se observa machaconamente abusiva la pretendida libertad de información al abrigo del derecho de informar.

Afirmaron que la pretensión de aplicar la doctrina de la real malicia, colisiona con un temperamento contumaz de la sociedad periodística demandada, cual es el de adicionar reiteradamente una carga de por sí mortificante, que excede la información. Razonaron que la observación de las notas ponderadas en las instancias ordinarias, permite colegir que no constituyen información, sino opinión, calificación o adjetivación acerca de los hechos por parte de quien difunde la noticia, lo que significa que el medio la hace propia, le otorga fuerza de convicción, un plus descalificador, a modo de tribunal deontológico no revestido legalmente de tal atribución de juzgamiento.

Realizaron a continuación una breve referencia histórica de la doctrina referida, admitieron que sus reglas fueron receptadas por los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para concluir que resulta inaplicable al caso, pues no se trata de responsabilizar al accionado por el derecho a publicar opiniones sobre el actor, ni tampoco indagar la exactitud o veracidad de esa información, sino que su responsabilidad proviene de las publicaciones agraviantes, imágenes con oraciones enjuiciadoras, reveladoras de un designio denostador de la conducta del demandante totalmente improcedente por ausencia de legitimación juzgadora, aunque bajo el paraguas eufemístico de información.

Contra este pronunciamiento, el medio de prensa demandado interpuso el recurso extraordinario de fs.628/683, que fue concedido a fs.695/702.

-II-

Estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende invocar en aquéllas (Fallos: 308:789; 315:1943, voto del juez Levene (h); 317:1448; 319:3428; 321:2637 y 3170, entre otros).

Por otra parte, en el sub lite, se encuentra en tela de juicio la

inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal recaído en la propia causa (v. fs. 594), circunstancia que hace viable el recurso extraordinario (v. doctrina de Fallos: 253:118; 310:2100; 317:201; 328:947, entre otros).

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

-III-

Así es, en efecto, pues se observa que los agravios conducen principalmente a determinar de qué manera debe resolverse la colisión entre el derecho a la libertad de prensa y el derecho a la intimidad y al honor, cuestión que resulta similar, en lo sustancial, a las que el señor Procurador General de la Nación examinó en la causa S.C. P. 2297, L. XL, "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", dictaminada el día 11 de abril de 2007. En el mismo sentido se pronunció el señor Procurador General al dictaminar en los autos S.C. B. 2522, L. XLI, "Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata Jorge y otros" el día 22 de mayo de 2007. Aquí también, al igual que en dichos precedentes, el agravio principal cuestiona la no aplicación al caso de las reglas emanadas de la llamada doctrina de la real malicia, que fuera adoptada por V.E. en Fallos: 310:508, 314:1517 y 319:3428; entre otros.

Asimismo, como se ha visto, los magistrados que dictaron la sentencia distinguieron entre información, por un lado, y opinión o enjuiciamiento de la conducta del demandante, por otro. Cabe señalar que, en este aspecto, la sentencia aparece confusa y hasta contradictoria, pues, luego de asimilar "opinión" a "calificación o adjetivación acerca de los hechos" (v. fs. 617, primer párrafo), más adelante intenta diferenciar las "opiniones sobre el actor" de las "oraciones enjuiciantes" (v. fs. 617 vta., último párrafo) sin que se alcance a advertir, ni se precise, cuales son las desigualdades entre unas y otras. Ahora bien, más allá

de esta aparente insuficiencia en los argumentos desarrollados por los juzgadores, lo cierto es que la distinción entre publicación de hechos (verdaderos o falsos) y difusión de opiniones, también fue examinada en los dictámenes antes referidos.

En tales condiciones, a mayor abundamiento y claridad, recordaré en el siguiente apartado los términos y consideraciones de tales antecedentes que resulten más apropiados y conducentes para la solución del sub lite, anticipando mi opinión en orden a que el recurso debe ser admitido, desde que en el pronunciamiento impugnado se decidió de modo contrario a los derechos constitucionales alegados por los recurrentes, dejando de lado la aplicación de la doctrina mencionada.

-IV-

Asiste razón al recurrente en relación a que el a quo aplicó erróneamente el derecho y la doctrina de V.E. al otorgar supremacía al derecho a la intimidad y al honor sobre las reglas de protección al derecho a la libertad de expresión, soslayando resolver el caso mediante la aplicación de doctrina de la real malicia.

En este punto corresponde efectuar una disgresión, a fin de apuntar que el antecedente “Ponzetti de Balbín” (Fallos 306:1892), citado en la sentencia (v. fs. 615 vta.), no resulta el más apropiado para ilustrar el conflicto de autos y fundamentar su decisión, ya que en dicho precedente estuvo en tela de juicio la virtual confrontación de la libertad de prensa, sólo con el derecho a la intimidad, en tanto que en el presente caso, el gravamen del actor está principalmente relacionado con su imagen, su honor, su honra y reputación personal y profesional.

Al retomar el tema de la real malicia, debo decir que justamente, y tal como lo expuso el señor Procurador General al dictaminar en la causa Patitó ya mencionada –a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad–, esta doctrina es una ponderación de los intereses en conflicto que se aparta, por razones de diseño constitucional, de las reglas corrientes del derecho de daños. Esta ponderación, a la cual V.E. ha contribuido a establecer mediante los precedentes invocados en el apartado anterior, consiste en otorgar un mayor valor al aseguramiento de la libertad de expresión futura que a una eventual lesión

al honor.

Con la doctrina de la real malicia se busca que lleguen a conocimiento del público informaciones sobre circunstancias que, al momento de brindarse la información, parezcan razonablemente ciertas. Podría ocurrir que *ex post*, con un conocimiento mejor de los hechos, las afirmaciones publicadas no se condigan con la realidad y, por lo tanto, de alguna manera, comprometan el honor de ciertas personas. Sin embargo, una buena parte de los tribunales superiores de diversos países (entre ellos la Corte Suprema estadounidense, los tribunales constitucionales alemán y español, y V.E.) han decidido que es preferible proteger la libertad de informar sobre hechos aun cuando todavía no se tratara de verdades incommoviles. Si posteriormente la información resultara incorrecta, ello no generaría el deber de reparar, porque de lo contrario, el proceso de comunicación padecería restricciones incompatibles con la vida republicana: sólo podrían informarse cosas que por su carácter inmutable tienen escasa trascendencia para su discusión pública. Sólo se genera el deber de reparar si *ex ante*, es decir, al momento de publicar la noticia, el diagnóstico sobre su veracidad no se había hecho en base a la información disponible en ese momento de manera diligente. Si se conocía la falsedad de la información, o si se desconsideró —siempre en base a la información disponible al momento de la publicación— temerariamente su posible falsedad, se verifica la “real malicia” que fundamenta, junto a la lesión objetiva al honor, el deber de responder.

Ahora bien, la doctrina de la real malicia es aplicable en casos en los que está en juego una aseveración de tipo histórico, es decir, cuando se atribuye la existencia de un hecho cuya mera existencia pone en duda la honorabilidad de alguna persona. Las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera. La crítica acerca de hechos cuya existencia no es en principio disputada no genera el deber de reparar. Basta con recordar al respecto lo establecido en Fallos: 321:2637 al afirmar que las críticas al ejercicio de la función pública “no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes” y que “no quedan exentos de ellas ni siquiera los jueces de la Nación”, pero siempre y cuando “se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno” (con cita de

Fallos: 308:789; 269:200; 321:2637).

Consecuentemente, resulta evidente que el *a quo* se encontraba ante dos posibilidades. O bien consideraba que el artículo contenía opiniones sobre cuestiones públicas, o bien consideraba que el artículo contenía aseveraciones sobre la ocurrencia de hechos históricos cuya sola mención implicaban de por sí un daño al honor del demandante. Ahora bien, en el primer caso, sin dudas, y según la jurisprudencia claramente establecida por V.E., no podría generarse ningún deber de reparar, ya que cualquier opinión sobre la función pública goza de plenas garantías, más allá de los términos con los que se los exprese.

En el segundo caso, por el contrario, si el *a quo* consideraba que habían existido afirmaciones sobre hechos no ajustadas a la realidad, debió justamente apartarse de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil y aplicar la doctrina de la real malicia. Ello implicaba necesariamente el análisis de la correspondencia entre esas afirmaciones y la realidad y la averiguación de cuál había sido el estado subjetivo de los autores de las aseveraciones acerca de su veracidad en caso de que fueran encontradas falsas. Toda esta investigación y la consecuente aplicación de las reglas fue dejada de lado por el *a quo*.

Ahora bien, la mera constatación de que ninguno de estos dos –y únicos– caminos posibles, o una razonable combinación de ellos, ha sido transitada por la resolución recurrida lleva necesariamente a la conclusión de que las reglas establecidas por V.E. acerca del alcance constitucional de las libertades de prensa y expresión no han sido seguidas, y toma por tanto a la sentencia en errónea e incluso arbitraria. O expresado de otra manera: por un lado, el agravio del recurrente acerca de que el *a quo* debió aplicar la doctrina de la real malicia es correcto; y por otro lado, la solución a la que efectivamente arribó al dejar de lado la doctrina mencionada –si ello tuviera eventualmente algún fundamento–, es incompatible también, en cualquier caso, con el alcance que V.E. ha otorgado a la libertad de prensa.

Finalmente, atento a los términos y consideraciones que preceden, resulta inoficioso que me pronuncie sobre los restantes agravios presentados por el recurrente.

-VI-

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 21 de Noviembre - de 2007.

MARTA A. BERTO de GONCALVEZ
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de marzo de 2013.

Vistos los autos: "Moslares, José Luis c/ Diario La Arena y otros s/ daños y perjuicios.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa rechazó el recurso extraordinario local interpuesto por la demandada contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Ciudad de Santa Rosa que, a su vez, modificó la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar parcialmente a la acción de daños y perjuicios condenando a "La Arena", editora del diario del mismo nombre, a pagar en concepto de daño moral, la suma de treinta mil pesos y a publicar en la página central la parte resolutiva de la sentencia. Contra dicho pronunciamiento la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 628/683) que fue concedido a fs. 695/702.

2º) Que según surge de autos el actor demandó por los daños y perjuicios que le habrían causado una serie de publicaciones del diario "La Arena" relacionadas con un supuesto pago en negro por parte del Gobierno Provincial, que incluía la liquidación de una deuda bancaria a un proveedor del Estado provincial y/o la empresa SIMAT. El demandante adujo que en dichas pu-

blicaciones el diario lo imputó como parte de una supuesta triangulación, publicando su imagen con una serie de leyendas sobreimpresas, diálogos telefónicos que se le adjudicaron, lesionando gravemente su imagen, el honor, la intimidad y su esfera espiritual.

Señaló, asimismo, que los contenidos de dichas publicaciones se referían a reproducciones fotográficas y diálogos atribuidos a su parte, extraídas de un video ilegalmente obtenido, cuya autenticidad había sido negada ante el mismo diario, aclarando que, por otra parte, nada tenían que ver con el supuesto pago en negro a que aludían los artículos publicados.

3º) Que, en lo sustancial, el tribunal a quo sostuvo que no cabía efectuar reproche alguno a la cámara por no efectuar el examen de la cuestión a la luz de la real malicia ya que, de acuerdo con una posición de autores nacionales, dicha doctrina nada había agregado al derecho común vigente en nuestro país para dar suficientes fundamentos a las sentencias. Agregó que mencionarla en los pronunciamientos no significaba adoptarla, acogerla o apoyarse en ella, pues ello supondría llenar un vacío que nuestro derecho no tiene.

Invocaron, asimismo, el caso "Ponzetti de Balbin" (Fallos: 306:1892), compartiendo el postulado de que el derecho a la intimidad constituye el último bastión de la libertad, dando con ello respuesta a la pretendida superioridad de la libertad de prensa cuando, como en la especie, se observaba "machacónamente abusiva" la pretendida libertad de información al abrigo del derecho de informar. Agregaron que la reiteración mortificante hacia la persona del reclamante no podía ser el contenido o el continente de la información a la comunidad.

Después de recordar los tratados de derechos humanos referidos, las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la familia, domicilio o correspondencia, o ataques ilegales a la honra o reputación, sostuvo que la pretensión de aplicar la doctrina de la real malicia colisionaba con un tempe-

ramento contumaz de la sociedad periodística demandada, cual es la de adicionar reiteradamente una carga *per se mortificante*, que excede la información.

Señaló, asimismo, que la sola observación de las notas ponderadas en las instancias ordinarias, permitía colegir que no constituyeron información sino opinión, calificación o adjetivación acerca de los hechos por parte de quien difundía la noticia, lo que significaba que el medio la hacia propia, le otorgaba fuerza de convicción, un plus descalificador, a modo de tribunal deontológico no revestido legalmente de tal atribución de juzgamiento.

Juzgó, finalmente, que la doctrina de la real malicia resultaba inaplicable al caso pues no se trataba de responsabilizar al accionado por el derecho a publicar opiniones sobre el actor, ni tampoco indagar la exactitud o veracidad de esa información, sino que lisa y llanamente su responsabilidad provenía de las publicaciones agraviantes, imágenes con oraciones enjuiciadoras, reveladoras de un designio denostador de la conducta del actor totalmente improcedente por ausencia de legitimación juzgadora, aunque bajo el paraguas eufemístico de la libertad de información.

4º) Que el recurrente sostiene, en síntesis, que la sentencia ha omitido aplicar la doctrina de la causa "Campillay" (Fallos: 308:789) y se ha negado a aplicar la de la "real malicia". Invoca, asimismo, arbitrariedad por omisión de considerar cuestiones esenciales oportunamente propuestas y por apartamiento de la doctrina judicial sobre libertad de prensa emanada de fallos de la Corte.

5º) Que el recurso es formalmente admisible en tanto existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3º del art. 14 de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde,

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

6º) Que, de modo preliminar, corresponde señalar que está fuera de discusión, al no haber sido materia de agravios por parte de la actora ante el superior tribunal, lo afirmado por la cámara respecto a la veracidad de la filmación que había sido proporcionada al medio de prensa y que dieron origen a las publicaciones cuestionadas. En efecto, la cámara sostuvo que el reconocimiento del actor de su propia imagen y voz otorgaban por se un alto grado de presunción de credibilidad a lo que la filmación registraba, motivo por el cual cabía dar por acreditados los hechos y dichos que de aquéllas surgían, sin que pudiera descalificarse esa apreciación que derivaba de la observación personal y directa, ponderada conforme el sentido común. Tampoco la clandestinidad con que fuera obtenido el video podía operar como obstáculo pues no fue tomada por un tercero ajeno sino por uno de los intervenientes en el hecho y si bien en definitiva la persona que lo filmó pretendía utilizar dicha prueba para conseguir sus fines, fue el propio actor quien concurrió a la casa de aquél, sabiendo a lo que se exponía.

Agregó que, de tal modo -con excepción de las notas aparecidas los días 25/9/95, 30/12/95 y 10/5/96- no se podía atribuir a la demandada una conducta reprochable ya que los artículos basados en los elementos que estaban en su poder y las entrevistas y ulterioridades de la causa judicial abierta, debían insertarse en el marco de la libertad de expresión y el deber de informar que le asiste a la prensa cuando se trata de una cuestión cuyo interés público y actualidad devenían incuestionables.

7º) Que, en consecuencia, toda vez que tales asevera-

ciones no fueron objeto de reproche alguno por parte del actor ante el superior tribunal, resulta irrelevante a los efectos del examen de la causa, examinar la calidad de la fuente a la luz de la doctrina "Campillay" (Fallos: 308:789) ya que se ha acreditado y ha quedado firme su veracidad, por lo que cabe concluir que los hechos referidos al actor contenido en las publicaciones no son pasibles del reproche de falsedad.

8º) Que, como derivación de lo expuesto, resulta innecesario examinar este aspecto del fallo con base en la doctrina de la real malicia pues dicho estándar al establecer sólamente criterios de imputación subjetiva, presupone obviamente la existencia de una información objetivamente falsa. En efecto, según precedentes de la Corte, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que se hubieran involucrado en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (Fallos: 316:2416; 326:145, considerando 6º; "Sciammaro Liliana E. c/ Diario El Sol", voto del juez Maqueda y del juez Zaffaroni (Fallos: 330:3685); "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", voto del juez Maqueda (Fallos: 331:1530).

9º) Que ello sentado corresponde determinar si existió en el caso la responsabilidad que le atribuyó el tribunal al diario demandado por la publicación de tres artículos respecto de los cuales se le reprochó que hubo un uso abusivo de la noticia y de la imagen del actor en la ilustración de dichas notas, con oraciones enjuiciadoras, reveladoras de un designio denostador en la conducta de la demandada.

10) Que en la nota publicada el 30 de diciembre de 1995 se efectúa un relato de los hechos acaecidos, similar a otras publicaciones, haciendo hincapié en la responsabilidad de los funcionarios públicos implicados quienes -al no poder negar

lo que se dijo en el video- no admitian que los fondos utilizados para pagar al proveedor hubieran salido del Estado. Dicha nota estaba ilustrada con una foto del actor con una anotación sobreimpresa -análoga a otras publicadas con anterioridad- en la que se consignaba que la entrevista era la prueba contundente del pago en negro.

Por otra parte, en la nota publicada el 25 de septiembre de 1995, bajo el título "La corrupción y la soberbia no se pueden ocultar" se hacia referencia a un documento del Fregen (Frente de la Gente) en el que se condenaba al gobierno provincial en torno al caso SIMAT, ilustrando la nota con una foto del actor extraída del video, en la que se consignaba la leyenda "El video donde se evidencia la propuesta del gobierno de pagar en negro una cuenta de un proveedor. Se es honesto o deshonesto, sentencia el Fregen".

Finalmente, en el articulo publicado el 10 de mayo de 1996 se hacia referencia a que el juez de la causa había sobreseído a todos bajo el título "Pago en negro impune". En dicha publicación se recordaba todo el caso SIMAT y se efectuaba una entrevista al juez de la causa. Dicha nota fue ilustrada con una foto del actor en la que se hacia mención que los imputados habían sido sobreseídos.

11) Que en cuanto al contenido de las notas cabe señalar que nada agregan a aquellas otras que, según los jueces de la causa, quedaron al margen del reproche con sustento en que los hechos publicados eran veraces, por lo que el examen que se efectúa escindiéndolas del contexto general aparece como insuficiente para atribuir una conducta subjetivamente sancionable.

12) Que ello sentado, solo queda como causa posible de reproche el conjunto de ideas, opiniones o juicios de valor que se formulan en las notas referidas con la ilustración de la imagen del actor.

13) Que al respecto cabe señalar que tratándose de

ideas, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta no es posible predicar verdad o falsedad (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert; "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario El Sol", voto del juez Maqueda y del juez Zaffaroni (Fallos: 330:3685), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Lingens", fallado el 8 de julio de 1986), por lo que no resulta adecuado aplicarles un estándar de responsabilidad que tiene por presupuesto la falsedad.

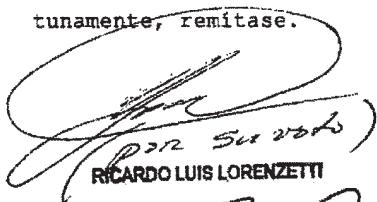
14) Que, tal como se expuso en el precedente de Fallos: 321:2558 antes citado, el criterio de ponderación deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Ello es así pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada.

15) Que, en el caso, puede concluirse que las críticas formuladas por el medio periodístico a la actuación del actor, particular involucrado voluntariamente en una cuestión de indudable interés público -que finalizó con el sobreseimiento de todos los imputados por falta de mérito-, no contienen expresiones que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso.

16) Que con relación a la lesión a la imagen del actor cabe señalar que no se advierte que se haya privilegiado la información pública por sobre el derecho a la intimidad pues, en el caso, la publicación de las fotografías estuvo relacionada con hechos de carácter público y no en aspectos que invadieran la esfera reservada del actor para ser expuesta a terceros sin un interés que la justificara (conf. arg. Fallos: 311:1171).

17) Que, en consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al diario constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general, por lo que debe ser revocada.

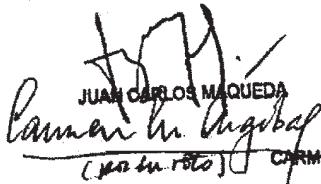
Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.



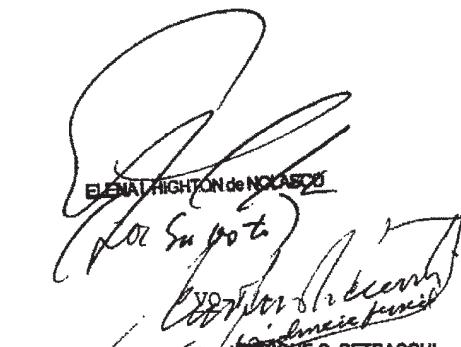
(por su voto)
RICARDO LUIS LORENZETTI



(ley suscrito)
CARLOS S. FAYT



JUAN CARLOS MAQUEDA
Carmen M. Argibay
(no suscrito)



ELENA IACHION de NOCEDAL
(por su voto)
Elena Iachion de Nocedal
(no suscrito)
ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAÚL ZAFFARONI
Disidencia parcial

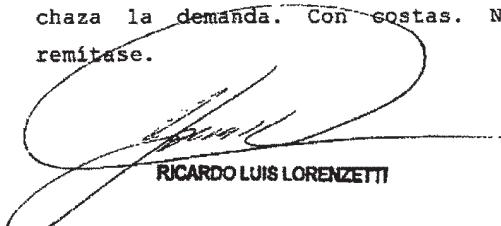
CARMEN M. ARGIBAY

-//TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS SANTIAGO FAYT

Considerando:

Que los suscriptos comparten y hacen suyos los fundamentos y conclusiones del voto que encabeza este pronunciamiento, y remiten a sus votos en las causas "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros" (Fallos: 331:1530) y "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario El Sol" (Fallos: 330:3685).

Por ello, y lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT

VO-//-

-//TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
de NOLASCO

Considerando:

Que la suscripta comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad y con las precisiones -en lo pertinente- de lo resuelto por su voto en la causa "Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros" (Fallos: 331:1530), al que también remite.

Por ello, y de conformidad con lo dicho en el referido dictamen, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

VO-/-

-/-/TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Se trata el caso de una demanda entablada por el señor José Luis Moslares contra el Diario "La Arena" de la ciudad de Santa Rosa, La Pampa, con el objeto de obtener una reparación monetaria por los daños que le habrían producido el contenido y el uso de su fotografía en una serie de publicaciones tendientes a informar sobre un supuesto de corrupción que habría involucrado a la provincia.

Según lo que surge de las distintas piezas procesales agregadas a la causa, la investigación judicial de ese hecho se inició a partir de un video obtenido con una cámara oculta planeado por un empresario de apellido Elizondo.

El objeto de este sujeto, que era acreedor del Estado provincial y a la vez deudor del Banco Río, habría sido demostrar que se liberó de su obligación con esa entidad porque el gobierno local se hizo cargo de ella y así evitó abonarle en forma directa sus servicios, lo que constituía un "pago en negro". Asimismo, que el abogado de la entidad bancaria aquí de-

mandante habría sido el intermediario para concretar la "trian-
gulación".

2º) En el escrito de inicio, Moslares señaló que el medio de prensa, le imputó haber actuado como cobrador de la deuda antes referida, en varias de sus notas ilustradas con fotografías de su persona y leyendas sobreimpresas donde se hicieron aseveraciones que le causaron una grave lesión a la intimidad, imagen y honor.

El diario contestó que los hechos difundidos no constituyían ningún ataque a tales bienes. Que la información correspondía a un video donde se había registrado una conversación completa entre el demandante en su carácter de letrado del banco ejecutante y el ejecutado Elizondo, a una grabación magnetofónica relativa a una conversación por teléfono entre esas partes y fundamentalmente a la denuncia judicial en curso.

En definitiva, sostuvo que se trató de una cobertura periodística sobre hechos de indudable relevancia para la comunidad, que motivaron una investigación en sede penal.

3º) Las sentencias de primera y segunda instancia (fojas 444/456 y 526/531 vta.) admitieron la demanda con sustento en que el diario no consiguió demostrar el interés público que justificara el abuso de la imagen del actor y las leyendas sobreimpresas que insinuaban que su conducta era reprochable en las notas del 25/09/95, 30/12/95 y 10/5/96.

Respecto del resto de las noticias sobre el tema, los jueces sostuvieron que no cabía responsabilizar al medio, puesto que se apoyó en los elementos fácticos que estaban en su poder en el marco de la libertad de expresión y el deber de información que le asistía.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa (fojas 550/552), declaró mal concedido el recurso local interpuesto por el Diario La Arena, lo que dio lugar a que dedu-

jera un remedio federal que fue declarado procedente por esta Corte (fojas 594).

Para así decidir, este Tribunal sostuvo que el a quo había eludido su intervención como órgano superior de la provincia al no tratar el planteo federal consistente en la colisión entre la libertad de prensa y el derecho a la honra e imagen invocado por el actor. Como consecuencia de ese reenvío, la corte local dictó sentencia a fojas 609/618.

En dicho fallo, señaló que no correspondía aplicar al caso la doctrina de la real malicia y que de acuerdo con el precedente "Ponzetti de Balbin" (Fallos: 306:1892), resultaba correcta la interpretación que se había efectuado en las instancias ordinarias en cuanto afirmaron que en las notas del 25/09/95, 30/12/95 y 10/5/96 hubo un abuso por parte del órgano de prensa al abrigo del derecho de informar.

Ello así, porque tales publicaciones constituyan opinión, calificación o adjetivación acerca de los hechos, lo que significaba que el medio había hecho propia la información, otorgándole fuerza de convicción y un plus descalificador como si fuera un tribunal.

4º) Contra esta decisión, el diario demandado interpuso un recurso extraordinario (fojas 628/683) que fue concedido a fojas 695/702.

En su remedio federal, el apelante básicamente se agravia de que la sentencia recurrida se haya apartado de las doctrinas judiciales "Campillay" (Fallos: 308:789) y "real malicia" sobre libertad de prensa seguidas por esta Corte.

Destaca, que no hubo exceso en el derecho de informar y que aun cuando así hubiese sido, no podía formulársele reproche desde que todo lo publicado era veraz y contaba con expresa individualización de las fuentes de información. Agrega, que existe una distinción irrazonable en el fallo objetado, ya que reconoce la veracidad e interés general y público de las notas

sobre el tema, salvo de tres de ellas cuyo texto y tenor no resulta diferente al del resto.

5º) En la medida que la parte recurrente ha fundado su derecho en la libertad de prensa, reconocida en el artículo 14 de la Constitución Nacional, según la interpretación que de esa cláusula ha hecho esta Corte Suprema admitiendo limitaciones a la responsabilidad civil de los medios de comunicación, y en atención a que la decisión ha sido contraria a ese derecho, corresponde admitir el recurso extraordinario en los términos del artículo 14, inciso 3º, de la ley 48.

6º) De acuerdo con la sentencia impugnada las notas que merecen reproche por un uso abusivo de la noticia e imagen del actor, son la del 25 de septiembre de 1995, 30 de diciembre de 1995 y 10 de mayo de 1996. Todas ellas, están ilustradas con una imagen del actor Moslares extraída del video. En dos, hay sobreinscripciones sobre la foto. En una dice: "De esto se hace cargo la provincia" y en la otra: "Creo que vos tenés buena llegada con MENDIZA? -Sí".

Los títulos, según el orden cronológico son: "La corrupción y la soberbia no se pueden ocultar", "Un largo camino al pago en negro" y "Pago en negro impune" ..."La historia del caso SIMAT".

7º) La publicación del 25 de septiembre de 1995 gira en torno a un documento del "Fregen", agrupación política local denominada "Frente de la Gente" y contiene severas críticas contra al gobierno provincial por el llamado caso "SIMAT". Al pie de la fotografía del demandante, el diario consigna "El video donde se evidencia la propuesta del gobierno de pagar en negro una cuenta de un proveedor. Se es honesto o deshonesto, sentencia el Fregen".

En la nota del 30 de diciembre de 1995 el medio hace un relato de los hechos que motivaron la investigación judicial y pone el énfasis en la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados. Bajo la foto del actor expresa "El video

con la entrevista Moslares-Elizondo es la prueba contundente del pago en negro".

Por último, el 10 de mayo de 1996 el órgano de prensa informa que el juez de la causa sobreseyó a todos los implicados, recuerda el caso y añade una entrevista con el magistrado interviniente. Sobre la imagen de Moslares esta vez consigna: "el video que confirmó el arreglo que el gobierno le propuso a Eduardo Elizondo para pagarle 'en negro'".

8º) De acuerdo con los propios términos del demandante en el escrito de inicio, la pretensión resarcitoria contra el Diario "La Arena" se sustentó en que las notas sobre el llamado caso "SIMAT" violaron su: a) derecho a la intimidad ya que surgieron a raíz de una filmación efectuada con una cámara oculta, b) derecho a la imagen, pues fue reiteradamente difundida y no había consentido tal uso y c) derecho al honor, porque se le imputó haber actuado como un intermediario para que el gobierno local pudiese efectuar un "pago en negro" al empresario Elizondo.

9º) Sobre la cuestión del menoscabo al derecho a la intimidad denunciado por el señor Moslares por aparecer en un video obtenido con una cámara oculta, entiendo que corresponde resolver en sentido favorable a la parte recurrente. Ello así, pues quien organizó y llevó a cabo la filmación que habría causado tal daño no fue el medio periodístico sino el propio Elizondo.

Esta persona, no solo reconoció haber grabado ese video con el objeto de demostrar un hecho ilícito que involucró al gobierno local y varios de sus funcionarios sino también ser quien lo presentó ante la justicia como prueba, lo que dio lugar a una investigación en sede penal.

Cabe notar, que el Dr. Moslares en oportunidad de un reportaje que dio al diario demandado con fecha 8 de septiembre de 1995 (fojas 6), manifestó "que Elizondo quería presionarlo con el video que tenía en su poder..." y que "llevó la cinta a

personas vinculadas con mi trabajo antes de que llegara al diario LA ARENA", lo que implica su reconocimiento de que el medio periodístico divulgó grabaciones y filmaciones que fueron obtenidas por un tercero y que éste es la misma persona que las publicaciones revelan como fuente.

10) Entiendo asimismo, que tampoco existió una violación al derecho a la imagen del actor por parte del accionado, pues las publicaciones con la fotografía no tuvieron por objeto revelar algún aspecto relativo a su vida privada o a la de su familia; sino difundir hechos relativos a su actividad profesional relacionados con una investigación penal.

Más aún, si se tiene en cuenta que el diario, cuando publicó las notas del 25 de septiembre de 1995, 30 de diciembre de 1995 y 10 de mayo de 1996 impugnadas por el a quo en su sentencia, contaba con el consentimiento tácito del actor para el uso de su imagen en ese contexto informativo. Ello así, pues la foto extraída del video que acompañó esas tres noticias había aparecido el 7/9/95 (fojas 3/4), es decir un día antes de que el propio Moslares decidiera brindar una entrevista al medio y posara sin inconvenientes para que su retrato ilustrase la entrevista (fojas 6).

11) Corresponde examinar por último, el reclamo que efectúa el demandante a la "La Arena" por haber vulnerado su derecho al honor presentándolo como "deshonesto" al imputarlo como intermediario de un "pago en negro".

En la medida que el abogado Moslares negó desde el comienzo de este expediente la veracidad de los diálogos que se le atribuyeron así como también que tuvieran vinculación con la comisión de un hecho ilícito, cabe examinar si el diario en las publicaciones que sirvieron de fundamento para condenarlo (fecha 25/9/95, 30/12/95 y 10/5/96), ha tenido los cuidados para no incurrir en negligencia por los errores o falsedades que pudieron deslizarse en esa comunicación (in re, "Campillay").

Según "La Arena", estos artículos formaron parte de la extensa cobertura que efectuó sobre el caso que consistió en varias notas sucesivas sobre el tema al considerarlo de indudable interés público. En cuanto al actor, refiere que su vinculación con el asunto resultaba inevitable porque era uno de los protagonistas del video que sirvió de prueba para la apertura de la causa donde se investigó.

Dado que en esas noticias se sindica a Moslares como participe en el hecho de corrupción respecto del cual se informa lo que sin duda tiene entidad difamatoria, el medio periodístico para eximirse de responsabilidad debió haberlas atribuido a una fuente identificable.

Su lectura permite afirmar que el accionado efectivamente cumplió con esa pauta, pues en todos los supuestos que trascribió los diálogos en los que habría participado el abogado demandante refirió que se trataban de frases extraídas del video y grabación que sustentó la denuncia penal del señor Elizondo. En nota del 25/9/95, el órgano de prensa especificó que lo expresado era una reproducción de un documento emitido por una fuerza provincial denominada "Fregen" y en la del 10/5/96, aclaró que su objeto era informar el sobreseimiento de Moslares y otras dos personas determinado por "el juez de instrucción Alberto Hugo Fariás a cargo del expediente del caso".

En síntesis, el medio periodístico respaldó sus informaciones de un modo adecuado, que permite reconocer claramente a la fuente original de los hechos, lo que descarta que haya actuado de un modo imprudente.

12) En atención a que como ya se expresara, la pretensión del Dr. Moslares se circunscribió a que el medio periodístico con sus publicaciones vulneró su derecho a la intimidad, imagen y honor y que del examen efectuado en los considerandos precedentes, surge que las notas que el a quo valoró para responsabilizar al medio periodístico no resultan pasibles del reproche efectuado en cuanto cumplen con los lineamientos dados por esta Corte en materia de libertad de expresión, corresponde descalificar la sentencia.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARMEN M. ARGIBAY

DISI-/-

-//- DENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que los suscriptos comparten y hacen suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

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

ENRIQUE S. PETRACCHI E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por La Arena S.A. -demandada en autos-, representada por el Dr. Alberto José Acosta y patrocinada por el Dr. Gregorio Badeni.

Traslado contestado por José Luis Moslares -por su propio derecho-, patrocinado por el Dr. José Carlos Moslares y por la Dra. Laura Cagliolo.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Santa Rosa.

TOLEDANO, BEATRIZ DOLORES C/ ADMINISTRACION
NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
S/ EJECUCIÓN PREVISIONAL

CONSOLIDACION DE DEUDAS

Si la deuda de la ANSeS con el jubilado se encontraba reconocida mediante un pronunciamiento judicial firme -parcialmente ejecutado por el organismo en el año 1994-, cuyos efectos se proyectaron en el tiempo durante el lapso abarcado por la consolidación, las diferencias devengadas en ese período quedaron consolidadas de pleno derecho con la entrada en vigencia de ese ordenamiento, momento en que se produjo la novación de la obligación original y de sus accesorios, por lo que a partir de entonces sólo subsistieron para el acreedor los derechos derivados de la consolidación (arts. 1 y 17 de la ley 23.982 a que remite el art. 13 de la ley 25.344 y art. 9, inciso a, del decreto 1116/00, anexo IV, reglamentario de la citada ley 25.344) y el plazo de prescripción para iniciar la acción personal no se encontraba cumplido cuando se dedujo la demanda de ejecución ya que para ese entonces se encontraban vigentes ya las normas aludidas.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Estimo que la presente causa guarda substancial analogía a la examinada el expediente S.C. D. 1.450; L. XLII "Duant Cristóbal Sebastián c/ Anses" fallada por V.E., el 16 de marzo de 2010, de conformidad con lo dictaminado por esta Procuración General, a cuyos términos corresponde remitirse, por razones de brevedad.

No obstante lo dicho la suerte que debe correr el reclamo del actor, que debe ser decidida conforme al análisis de las particulares circunstancias de la causa.

Por lo expuesto, opino que se debe admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y devolver la causa al Tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 1^o de julio de 2011.

FIRMA AL FONDO DE DON GONCALVEZ
Firma de la Procuración General ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que confirmó la de la instancia anterior e hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por la demandada -ANSeS- el actor interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja (v. fs. 32/33, 46, 59/63 y 66 del principal y 33/34 del cuaderno respectivo).

Explica el recurrente que en fecha 29 de noviembre de 1985, la Sala IV de la Cámara Nacional del Trabajo dictó sentencia resolviendo que el monto de sus haberes jubilatorios no podrían ser inferiores al 70% del sueldo que le hubiere correspondido de haberse mantenido en actividad. Como que a partir de enero de 1995 lo ordenado fue incumplido por el organismo previsional, circunstancia que lo obligó a iniciar el presente proceso de ejecución de sentencia. Refiere , que el magistrado de Primera Instancia hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la demandada, en la inteligencia que habían transcurridos los diez años estipulados por el artículo 4023 del Código Civil pues – adujo- el plazo de prescripción comenzó a correr desde que la sentencia se encontraba firme. Apeló entonces dicha sentencia pero la Sala referida, confirmó lo dicho por el inferior, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3956, 3958 y 4020 del Código Civil.

-II-

Se agravia el quejoso por entender que la decisión en crisis es arbitraria, dado que no constituye una derivación razonada del derecho vigente y de los hechos comprobados en la causa , violando las garantías del debido proceso establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, pues el a quo obvió tratar planteos llevados a su estrado y que eran determinantes para la correcta solución de la causa.

Para fundar tal aserto señala que la sentencia que se pretende ejecutar condenó al organismo previsional a reajustar su haber jubilatorio desde el momento del fallo y hacia el futuro según la variación que experimente el sueldo de actividad constituyendo una obligación cuyo cumplimiento se origina sucesivamente, haciendo que su

exigencia dependa de hechos aleatorios, razón por la cual los términos de prescripción quedaban desvinculados del título de la obligación. Alega además que el juzgador confundió el título, base de la ejecución -la sentencia firme, con la obligación que en calidad de condena le fue impuesta a la demandada.

-III-

No puedo dejar de señalar que si bien los agravios propuestos en el recurso remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho procesal, ajenas por su naturaleza a esta instancia, ello no impide su apertura cuando , como afirma el recurrente, el estudio del cumplimiento de los recaudos legales atinentes a la fundamentación de las apelaciones se ha efectuado con injustificado rigor formal y, mediante afirmaciones, dogmáticas el tribunal ha omitido el tratamiento de temas oportunamente propuestos y conducentes para la adecuada solución del litigio, todo lo cual redunda en menoscabo de los derechos de defensa en juicio y de propiedad (Fallos: 324: 1917, entre otros).

En el caso el tribunal ha omitido tratar agravios conducentes y centrales de la actora, planteados en forma reiterada (ver demanda y recursos de apelación y de revocatoria de fojas 10/12, 39/40 y 56/57 del expediente principal) cuales son los relativos a que se tuviera en cuenta a los fines de determinar el plazo de la prescripción, que la sentencia a ejecutar no sólo condenaba al organismo de seguridad social al pago de diferencias de haberes previsionales del actor anteriores a su dictado sino, también, a mantener en lo sucesivo (el subrayado me pertenece) la equivalencia del monto de su jubilación con el salario que le hubiera correspondido de haberse mantenido en actividad (v. fotocopia obrante a fojas 6 y vta. Punto V), argumento éste que fue obviado por el juzgador que en su pronunciamiento parece estudiar exclusivamente el problema relacionado con retroactivos anteriores a la sentencia que se ejecuta.

En efecto el a quo , se limitó a reiterar jurisprudencia de ese tribunal en materia de vencimiento de la ejecutoria y principios generales del Código Civil en cuanto a que la

prescripción comienza a correr desde la fecha del título de la obligación –art. 3956 de dicho ordenamiento - precisando, luego como punto de partida de dicho plazo “la fecha en que la sentencia quedara firme”, para luego completar que, en el caso de intereses o renta la prescripción “comienza desde el último pago” –art. 3958 del Código Civil- y sobre la base que “**no surge de autos que la demandada hubiese abonado sumas de dinero en concepto de retroactivos originados en la sentencia que se ejecuta, hecho que hubiera interrumpido el computo del plazo de prescripción**” y tiempo transcurrido entre la sentencia de alzada e inicio de la demanda confirma la sentencia de la anterior instancia que declaró prescriptos los derechos del actor

Más allá del particular criterio que importa de un lado, admitir la liberación del deudor que no cumplió ningún tipo de prestación y no la del que lo hizo parcialmente, y de otro, la aplicabilidad al sub-lite de lo dispuesto por el artículo 3958 del Código Civil –obligaciones con intereses o renta- cabe recordar aquí tal como lo ha sostenido V.E. en materia previsional , que para que el plazo de prescripción liberatoria comience a correr es necesario que se trate del ejercicio de derechos que se encuentren expeditos, lo que no sucede cuando su ejecución está sometida a un plazo u otras contingencias (v. doctrina de Fallos 311:2242 entre otros) .Y si bien en el caso mediaba una sentencia judicial firme , lo cierto es que ella -en cuanto aquí es de interés- se refiere a prestaciones periódicas futuras cuya observancia sólo pudo determinar el beneficiario en ocasión del pago mensual de su beneficio devengado con posterioridad a la sentencia que ejecuta. Se sigue de ello que los jueces parecen haber resuelto sobre una cuestión que no era la debatida en el proceso.

Además y , por un lado, debo señalar que las leyes previsionales deben interpretarse conforme a la finalidad que persiguen (Fallos: 319: 610, 995; 322:2676 entre otros) y, por el otro, que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable (Fallos: 318:2436; 319: 402; 321:2453 entre otros). Es claro entonces que en esta materia el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder a fin que no se desnaturalicen los principios que la informan (v. doctrina de Fallos 311: 2435)

Cabe por último precisar aquí que los derechos a la percepción de los beneficios de la seguridad social tienen un tratamiento especial en el artículo 82 de la ley 18.037 (régimen mediante el cual el actor obtuvo su jubilación) vigente por imperio del artículo 168 de la ley 24.241; y que V. E. en pronunciamientos más recientes ha reiterado que para que comience a correr el plazo de la prescripción liberatoria de dicho artículo, párrafo tercero, es necesario que el acreedor mantenga una inactividad en el reclamo de su derecho que supone -de modo inequívoco- que la obligación esté expedita, lo que no sucede cuando está sometida a un plazo u otra contingencia que traba el ejercicio de la acción e impide el curso de la prescripción (v. Fallos: 329:1619).

Lo dicho, pues, basta para no confirmar a la sentencia como acto jurisdiccional; máxime cuando nos encontramos ante el reclamo de un beneficio de naturaleza alimentaria, situación ante la cual los jueces deben actuar con suma cautela (v. Fallos: 310:1000; 315:376; 2348; 2598; 319:2351 entre otros).

Por lo tanto, opino que se debe admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y mandar a que, por medio de quien corresponda se dicte una nueva de acuerdo a lo dicho.

Buenos Aires, 18 de junio de 2009.



MARINA G. C.
C. J. C.
Corte Suprema de Justicia de la Nación

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *26 de marzo de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Toledano, Beatriz Dolores c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ (Materia: Previsional) Ejecución Previsional", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en el mes de junio de 2005 el actor solicitó la ejecución de una sentencia de reajuste dictada en 1992, practicó la liquidación del retroactivo y demandó la colocación de bonos de consolidación de las leyes 23.982 y 25.344, por las diferencias adeudadas, más allá de los pagos en efectivo que correspondieran por los períodos no consolidados (fs. 21/25). Al contestar la demanda, la ANSeS opuso la excepción de prescripción que fue rechazada por el juez de primera instancia.

2º) Que para decidir de ese modo, el magistrado tuvo en cuenta que al entrar en vigencia la ley 25.344 se había producido la novación de la deuda reclamada, de manera tal que la obligación originaria de pagar en efectivo y a la fecha de vencimiento, había sido transformada en una nueva o sustituida por el deudor (Estado Nacional), en la cual se había modificado la modalidad de pago postergándolo a diez años (conf. art. 17 de la ley 23.982, a que remitió la ley 25.344).

3º) Que sobre esa base concluyó que al haberse extinguido la obligación original, también se había producido la interrupción del plazo de prescripción, que volvió a iniciarse a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.344, según lo dispuesto en el art. 803 del Código Civil, por lo que al deducirse la demanda aún no había transcurrido el plazo establecido en el

art. 4023 del Código Civil.

4º) Que por tales razones el magistrado dispuso llevar adelante la ejecución, ordenando a la ANSeS la rectificación del haber de la jubilada y el pago de las sumas que surgían de la liquidación aprobada, que debía efectuarse con sujeción a lo dispuesto en la ley 25.344 para el caso de las diferencias posteriores a 1992, y al decreto 1873/02 para los créditos pendientes de pago correspondientes a las leyes de consolidación 23.982 y 24.130.

5º) Que dicha decisión fue apelada por la demandada y la cámara la revocó. A tal efecto, consideró que en el caso se debatía una acción personal por deuda exigible que prescribía en el plazo de 10 años previsto en el art. 4023 del Código Civil; que ese plazo había comenzado a correr a partir de la fecha en que se había notificado la sentencia de reajuste -título de la obligación-, más allá de la interrupción de esos términos por la liquidación practicada por el organismo en el año 1994, lo cual no variaba la circunstancia de que para el momento de la iniciación de la demanda -16 de junio de 2005- el pronunciamiento se encontraba prescripto.

6º) Que el pronunciamiento apelado ha hecho fenecer la acción destinada a hacer valer los derechos previsionales derivados de la sentencia definitiva y se encuentra en tela de juicio la interpretación de una norma de carácter federal como es la ley 25.344, por lo que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 308:647 y 324:803).

7º) Que el fallo en ejecución se dictó en el año 1992 con un alcance de futuro que llegó hasta abril de 1995. Dicha decisión, pasada en autoridad de cosa juzgada, reconoció la ile-

gitimidad de los indices y coeficientes aplicados por la ANSeS para actualizar los haberes y los sustituyó por otros, de carácter oficial, que debían continuar aplicándose hasta esa fecha (fs. 3/4).

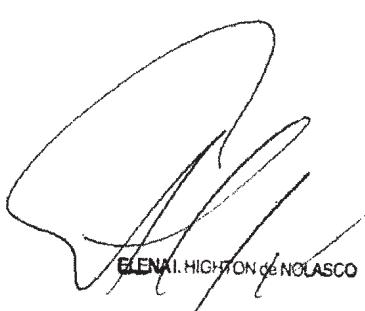
8º) Que la ley 25.344 consolidó las obligaciones previsionales originadas en el régimen general de causa o título posterior al 31 de agosto de 1992 y anterior al 1º de enero de 2000, fecha de corte que fue prorrogada por el art. 46 de la ley 25.565 hasta el 31 de diciembre de 2001.

9º) Que toda vez que la deuda de la ANSeS con el jubilado se encontraba reconocida mediante un pronunciamiento judicial firme -parcialmente ejecutado por el organismo en el año 1994-, cuyos efectos se proyectaron en el tiempo durante el lapso abarcado por la consolidación, las diferencias devengadas en ese período quedaron consolidadas de pleno derecho con la entrada en vigencia de ese ordenamiento, momento en que se produjo la novación de la obligación original y de sus accesorios, por lo que a partir de entonces sólo subsistieron para el acreedor los derechos derivados de la consolidación (arts. 1 y 17 de la ley 23.982 a que remite el art. 13 de la ley 25.344 y art. 9, inciso a, del decreto 1116/00, anexo IV, reglamentario de la citada ley 25.344).

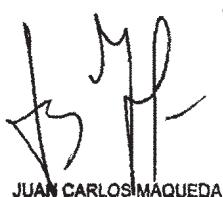
10) Que la aplicación de dicho régimen para dirimir la prescripción de la deuda, es inexcusable. Ello es así pues se encuentran en juego créditos reconocidos en una decisión judicial que no ha sido íntegramente cumplida y sus disposiciones -en razón de su carácter de orden público- son imperativas e irrenunciables (art. 16, ley 23.982 y considerando 5º del precedente "Rapetti", Fallos: 330:1250), por lo que con la desaparición de la deuda original también fenecieron los plazos que transcurrián a su respecto y empezaron a correr nuevamente los correspondientes a la obligación consolidada.

11) Que, desde esa perspectiva, el plazo de prescripción para iniciar la acción personal por tales acreencias no se encontraba cumplido para el 16 de junio de 2005, cuando se dedujo la demanda de ejecución, pues para ese entonces ya se encontraban vigentes las normas aludidas, de aplicación a los efectos pendientes del pronunciamiento judicial firme dictado en 1992. Ello es así no solamente en lo que corresponde a las diferencias consolidadas por la ley 25.344, sino también en lo que respecta a la reprogramación de las deudas encuadradas en las leyes 23.982 y 24.130, establecida por el decreto 1873/02 -dictado también en el marco de la citada ley de emergencia-, a que hizo referencia el juez de primera instancia, todo lo cual lleva al rechazo de la defensa de prescripción deducida por la ANSeS.

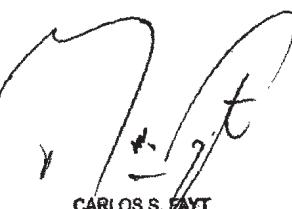
Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se mantiene la solución del fallo de primera instancia con el alcance indicado en la presente. Vuelvan los autos al Tribunal de origen para que, por quien corresponda, se expida respecto de los restantes agravios formulados por la ANSeS ante esa instancia. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.



ELENA HIGHTON DE NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARLOS S. FAYT



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por **Beatriz Dolores Toledano**, representada por el Dr. **Marcelo Eduardo Faure**.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5.**

TRANSPORTE METROPOLITANO GENERAL ROCA SA
S/ CONC. PREV. S/INC. DE REVISIÓN POR EL ESTADO NACIONAL M° DE ECONOMÍA

VERIFICACION DE CREDITOS

Cabe revocar la sentencia que admitió parcialmente el incidente de revisión promovido al declarar verificado un crédito -en concepto de fondos fiduciarios y excedentes tarifarios- a favor del incidentista en carácter de quirografario, pues la cámara determinó la existencia de ciertas pendencias crediticias a favor de la concursada, cuya legitimidad, pertinencia y exigibilidad no fueron reconocidas previamente por la autoridad administrativa pertinente, resultando inoficioso examinar la cuestión atinente a la compensación a la que hizo lugar la alzada, pues en tales condiciones no concurre la reciprocidad crediticia, de carácter indispensable, para el análisis de dicho modo extintivo de las obligaciones.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *26 de mayo de 2013.*

Vistos los autos: "Transporte Metropolitano General Roca S.A. conc. prev. s/ inc. de revisión por el Estado Nacional M° de Economía".

Considerando:

1º) Que el Estado Nacional insinuó tempestivamente un crédito en concepto de fondos fiduciarios y excedentes tarifarios, el cual fue declarado inadmisible en su totalidad.

En la demanda incidental expuso que el crédito derivado de los excedentes tarifarios surgía de la aplicación de la resolución 17/1998 dictada por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (ME y OSP), que estableció la metodología para su cálculo (concepto determinado por la diferencia entre la tarifa cobrada por la concesionaria a los usuarios -tarifa de

aplicación- y la tarifa que le correspondía percibir por aplicación de los índices de calidad de servicio -tarifa de referencia-).

Añadió que el monto cuya verificación requirió se hallaba conformado por el saldo resultante de la diferencia entre la tarifa que la concursada cobró efectivamente a sus usuarios (tarifa de aplicación) y aquélla determinada por el valor conformado por la tarifa básica incrementada por el factor de calidad que debía cumplimentar la concesionaria (tarifa resultante). Asimismo, aclaró que la diferencia existente entre la tarifa resultante (inciso c, anexo VII del contrato de concesión) y la tarifa de aplicación generada durante un mes debía devolverse o, en su caso, asignarse a la cancelación de créditos devengados a favor de la concesionaria. En consecuencia, sostuvo que la diferencia se fue incrementando mes a mes, ya que la concursada no acreditó esas sumas en operación alguna ni efectuó su pago al Estado Nacional, de manera que -afirmó- no existe una supuesta indeterminación -argumento en que se basó el consejo desfavorable de la sindicatura en el informe individual- en cuanto al origen de los montos reclamados, desde que es su parte quien debe determinar la deuda de conformidad con lo establecido en la citada resolución 17/1998, anexo VII, y así lo hizo, como quedó plasmado en el pedido de verificación. Por último, en cuanto a este tópico, esgrimió que el procedimiento atinente al reconocimiento -dentro del concurso- de los créditos de la concursada no resulta la vía idónea para observar la deuda reclamada, en orden a que todo cuestionamiento debe formalizarse mediante la formulación del reclamo administrativo correspondiente, caso contrario se incurriría en un flagrante incumplimiento de normas positivas.

En lo que concierne al importe pretendido en concepto de fondos fiduciarios (\$ 7.177.293,51), explicó que mediante la resolución conjunta ME 1007/2000 y MI y V 18/2000 se sustituyeron los cuadros tarifarios, reconociéndose a la concesionaria un incremento de tarifas con aplicación al Plan de Inversiones. Los

fondos recaudados en tal concepto, en virtud del aumento autorizado por aplicación de esa normativa, debían ser depositados por la concesionaria en una cuenta en el Banco de la Nación Argentina, constituyendo un fideicomiso de administración destinado exclusivamente a los fines establecidos en la addenda al contrato de concesión, conforme lo previsto mediante acta acuerdo del 30/11/2000. Aclaró que el origen del crédito relativo a este rubro se vincula con el desarrollo efectuado en relación a los excedentes tarifarios pues, además de este último ítem, lo integran un porcentaje del canon y de los ingresos colaterales, más los aportes que hiciera el concesionario. Por ende -explicó luego de la firma de las addendas, el monto de los excedentes tarifarios debía depositarse en una cuenta junto con la suma correspondiente al resto de los conceptos indicados, a fin de constituir un fideicomiso para ser aplicado al desarrollo de las obras comprometidas en las renegociaciones contractuales, las cuales eran prioritarias para la prestación, en condiciones de calidad y eficiencia del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros. Por último, en cuanto a la cuestionada legitimación de su parte para reclamar la verificación de este rubro, destacó que es la autoridad de aplicación y debe velar por el buen destino de esos fondos y, en definitiva, por la garantía de dicho servicio público.

El reclamo, respecto de ambos rubros, incluye los intereses previstos en las normas que invocó.

2º) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial rechazó el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y confirmó la resolución recurrida en cuanto admitió parcialmente el incidente de revisión promovido al declarar verificado un crédito a favor del incidentista por la suma de \$ 395.923,08 en el carácter de quirografario.

Para así decidir, inicialmente, destacó que tanto el reclamo motivado en concepto de "fondos fiduciarios" (fs. 3212, segundo párrafo), que en primera instancia fue rechazado, como

el monto de los "excedentes tarifarios", que debían ser abonados por la concursada al Estado Nacional (\$ 33.589.767,83), no resultaron aspectos controvertidos en los fundamentos dados en la expresión de agravios. Por ende, el tema que debía decidir se circunscribia a la determinación de la existencia de créditos mutuos y, en el caso de que así fuera, al estudio de la procedencia de la compensación. Afirmó que los créditos que poseía la concursada se encontraban efectivamente determinados de acuerdo a las pruebas producidas en autos, detalló su cuantía y sostuvo que su existencia surgía de la experticia contable practicada en autos -de acuerdo a la compulsa realizada por el perito en los libros de la concursada-, registros de los que el experto pudo extraer no solo los montos globales de cada uno de los rubros que los integraban, sino que a tenor de la explicación brindada en los anexos separados efectuó un detalle específico de cada uno de los items que los componían. Añadió que dicho auxiliar identificó cada uno de los expedientes o resoluciones que habían dado origen a esos créditos, estableciendo también la fecha de vencimiento de cada una de las obligaciones adeudadas, así como el periodo y concepto que se pretendía y su importe exacto.

A su vez, explicitó que en relación a los créditos derivados de la "diferencia de costos de explotación a favor del concesionario", los cuales se encontraban reconocidos por la resolución ME y OSP 67/97, el perito indicó la suma exacta que correspondía a cada uno de los meses de la concesión, la fecha en que había vencido cada una de las obligaciones, los expedientes administrativos que habían dado origen a cada uno de los créditos y los respectivos intereses calculados desde la mora hasta el 21/12/2001, fecha de presentación en concurso preventivo. Aclaró que si bien el dictamen contable fue impugnado por el apelante, quien cuestionó dos aspectos: a) las diferencias existentes entre el monto calculado por el perito y el establecido por la C.N.R.T. para el concepto excedentes tarifarios; y b) la procedencia de las cancelaciones de créditos generados a favor de la concursada con el monto de los excedentes tarifarios; lo

cierto es que ningún argumento fue expuesto en el memorial de agravios para fundar el cuestionamiento introducido en primer término. Agregó, como criterio propio, que aun cuando la peritación contable fue impugnada, para que las conclusiones emanadas del experto no sean tenidas en cuenta por el tribunal es menester arrimar evidencias capaces de convencer de que los datos proporcionados por el especialista son insuficientes o inexactos, evento este último que, según lo señaló, no medió en el caso. En ese sentido, indicó que de la resolución ME y OSP 67/97, adjuntada por el incidentista y citada por el perito (fs. 2035/2036), surge un monto del crédito de la concesionaria idéntico al indicado por el experto en el dictamen de fs. 3034. En igual forma, en la resolución ME y OSP 854/98, también acompañada por el Estado Nacional, se reconoció un crédito a favor de la concursada por la suma de \$ 4.206.253,64, importe que resulta coincidente con el señalado por el auxiliar contable (fs. 2128 y 3031/3035, respectivamente).

Concluyó expresando que al no haberse arrimado –con la presentación efectuada a fs. 3060/3061– prueba suficiente para desvirtuar los antecedentes contables proporcionados pericialmente, los cuales encuentran apoyatura en la propia documental arrimada por el incidentista, ni haber acompañado otra prueba idónea que desvirtúe eficazmente el dictamen producido, el Estado Nacional debe soportar las consecuencias que derivan de su inobservancia (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y, por ende, tuvo por determinado el crédito a favor de la concursada en la suma de \$ 45.281.031,14 –fs. 3031–. A partir de tal presupuesto avanzó en la aplicación del instituto de la compensación, que consideró aplicable en el sub lite, a la luz de la previsión establecida en el art. 823 del Código Civil, de acuerdo al análisis que efectuó.

3º) Que contra dicho pronunciamiento el incidentista interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 3232) que fue concedido a fs. 3293 y que resulta formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva en un plei-

to en que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término, supera el mínimo establecido por el art. 24 inciso 6º, apartado a del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91 de esta Corte.

4º) Que al presentar el memorial previsto en el segundo párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 3298/3305), el Estado Nacional expone que: a) el juez de grado y la alzada reconocieron la existencia y extensión del monto del crédito reclamado, sin embargo mediante la aplicación errónea y arbitraria del instituto de la compensación lo reducen al monto de \$ 395.923,08, derivando en un inaceptable perjuicio a los derechos patrimoniales que le asisten; b) el instituto en cuestión es inaplicable, porque la única deuda líquida y exigible es la que la concursada mantiene con su parte y, aun cuando este proceso no es el marco en el que deba debatirse, la concursada no ha demostrado su calidad de acreedor del Estado Nacional como mal lo entiende la cámara. Al respecto, invoca que el a quo omitió el debido análisis de las impugnaciones que su parte efectuó al dictamen pericial contable, en particular que: i) los montos indicados por el experto, correspondientes a excedentes tarifarios generados por aplicación de la resolución 17/98, no coinciden con los efectuados por la C.N.R.T con base en las declaraciones juradas presentadas mensualmente por la ex concesionaria, ii) el perito utilizó, en el anexo I, cancelaciones improcedentes en virtud de lo dispuesto por dicha resolución y especialmente por cuanto se apartó de la metodología para el cálculo de ingresos de excedentes -señaló que los créditos a favor de la concesionaria pasibles de ser cancelados son los que surgen de la aplicación de los arts. 7.1.3 y 7.4.1 del contrato de concesión (mayor precio por mejor servicio y redeterminación de la tarifa básica, subsidio o canon)-, iii) no resulta posible cancelar otros créditos que pudiera tener la ex concesionaria sin una norma que así lo disponga, iv) la metodología de cálculo utilizada por el perito se apartó de las previsiones contenidas en la resolución 17/98, como lo había expuesto su parte en la impugnación deducida respec-

to del dictamen -reedita los aspectos vinculados con la implementación de los procedimientos determinados en los arts. 10 y 11 de la resolución 53 del ex Ministerio de la Producción, las resoluciones conjuntas 1007/2000 y 18/2000, el decreto 2075/2002, el art. 12.7 de la addenda al contrato de concesión y su anexo 4-, v) el objeto de este incidente de revisión no debió centrarse en si el Estado Nacional resulta deudor o no de la concursada, sino en la existencia del crédito reclamado y su consiguiente verificación, pues la concursada conserva todas las acciones que le permitirían reclamar cualquier derecho que se suponga vulnerado y el tribunal, con su reprochable asimilación, le ha quitado a su parte toda posibilidad de obtener el cobro de una deuda cuya existencia, causa y extensión ha sido acabadamente acreditada, al introducir en este proceso cuestiones que lo exceden ampliamente, ya que la compensación en el contexto de la vía propuesta no tiene la más mínima cabida, vi) la pretendida compensación depende únicamente de la necesaria conformidad del Estado Nacional para su procedencia, por lo cual constituye un error la afirmación de la alzada en cuanto a que no resulta ineludible la autorización previa para aplicar dicho modo de extinción de las obligaciones, de manera que el único crédito líquido y exigible probado en autos es el que le asiste a su parte, y vii) las costas han sido indebidamente impuestas a su parte, cuando no ha existido resistencia de la concursada, en la medida en que no contestó el traslado de los agravios oportunamente conferido.

5º) Que la cámara, para decidir como lo hizo, determinó la existencia de ciertas pendencias creditorias a favor de la concursada, cuya legitimidad, pertinencia y exigibilidad no fueron reconocidas previamente por la autoridad administrativa pertinente.

6º) Que, en este sentido, el tribunal de alzada hizo mérito de la existencia de las resoluciones administrativas que reconocieron ciertos créditos devengados a favor de la concursada, específicamente las resoluciones ME y OSP 67/97, ME y OSP 854/98 y ME y OSP 359/99, y consideró que de acuerdo con los

términos de la experticia contable, en que sustentó el pronunciamiento, correspondía reconocerle también a la deudora otros créditos por diversos conceptos, aun cuando no existía decisión, que así lo admitiese, por parte de la autoridad administrativa competente.

7º) Que ese criterio lo fundamentó única y exclusivamente en la tarea desarrollada por el experto, sobre la base de los elementos que éste compulsó, de la cual hizo una escueta mención a fs. 3213, primer párrafo, puntos d) a j), y añadió que aquél explicó en forma específica y detallada, mediante anexos separados, cada uno de los ítems que componían las acreencias referidas. A su vez, afirmó que no existió ningún argumento en el escrito de impugnación tendiente a controvertir la existencia de los créditos referidos en cabeza de la concursada, ni tampoco que tienda a desvirtuar los importes que había determinado el perito para cada uno de estos créditos, por lo cual debía seguir los resultados de dicho dictamen en la medida en que no fueron arrimadas evidencias capaces de convencer de que los datos proporcionados por el especialista son insuficientes o inexactos, pues resultaba indudable que con la presentación de fs. 3060/3061 –escrito de impugnación del dictamen pericial– la incidentista no había acompañado prueba suficiente para desvirtuar los antecedentes contables proporcionados pericialmente, que en el caso encontraron apoyatura en la propia documental arrimada por aquélla, ni tampoco otra prueba idónea que controvirtiera eficazmente el dictamen producido y, por ende, el Estado Nacional debía soportar las consecuencias que derivan de tal inobservancia, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

8º) Que al decidir sobre tales bases, el a quo equiparó la situación de los créditos que habían sido determinados en las resoluciones ME y OSP 67/97, ME y OSP 854/98 y ME y OSP 359/99 a la de las reclamaciones creditorias efectuadas mediante trámites administrativos no resueltos (ver experticia contable, fs. 3053, expte. EXPMINFRA VI 555-000548/2001) en relación a las

cancelaciones de créditos generados a favor de la concursada con el monto de "excedentes tarifarios", cuando no medió acto administrativo alguno que determine la existencia de estas últimas.

9º) Que al proceder de tal forma la cámara soslayó particularmente uno de los extremos de carácter dirimente para resolver las cuestiones planteadas, que había sido propuesto por el Estado Nacional al promover la demanda incidental (fs. 2208 vta./2209), reiterado en el escrito de impugnación de la pericia (fs. 3060/3061), reproducido en el memorial de agravios con el cual fundó la apelación (fs. 3191/3193) y mantenido en el escrito destinado a fundamentar el recurso ordinario de apelación ante esta Corte (fs. 3299/3299 vta., 3301 vta./3302), puntualmente la indispensable mediación de pronunciamiento administrativo para establecer la procedencia, liquidez y exigibilidad de las acreencias invocadas a favor de la concursada.

10) Que tal inobservancia no puede ser enervada por los términos que arroja la experticia contable realizada en autos, aun cuando el perito, formalmente, hubiese atendido los lineamientos establecidos en la Res. ME y OSP 17/98 y Nota ST 262/200, pues tal proceder y la documentación examinada nada reflejan, materialmente, en relación a la efectiva realización de las prestaciones o circunstancias a las que obedecería la generación de los créditos que la alzada reconoció a favor de la concursada, y en su caso términos, condiciones, pertinencia, extensión y exigibilidad.

11) Que, en efecto, los aspectos referidos en el acápite anterior demandan inexcusablemente el agotamiento de la vía administrativa, la cual fue incoada por la concursada en el expte. EXPMINFRA VI 555-000548/2001, teniendo a su alcance los remedios necesarios para lograr un pronunciamiento respecto de los derechos que dice le asisten, en las previsiones de la Ley de Procedimiento Administrativo que le posibilitan dicho acometimiento (art. 31).

12) Que, a mayor abundamiento, corresponde precisar

que las cancelaciones originadas en las resoluciones ME y OSP 67/97, ME y OSP 854/98 y ME y OSP 359/99, a las que acudió la cámara para extender una implementación similar a las cancelaciones de otros conceptos, con base en el dictamen pericial constable, fueron contempladas en el Estado de Cuentas conformado por la Comisión Nacional Reguladora del Transporte (fs. 3058/3059).

13) Que de acuerdo a lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta inoficioso examinar la cuestión atinente a la compensación a la que hizo lugar la alzada, pues en las condiciones indicadas no concurre la reciprocidad creditoria, de carácter indispensable, para el análisis de dicho modo extintivo de las obligaciones. No obstante ello, es dable señalar que la interpretación dada por la alzada a la previsión del art. 823, inc. 3º, del Código Civil, que sustentó en la falta de alegación por las partes para descartar la mediación del régimen de consolidación en el caso, no resulta acorde con el criterio sostenido por esta Corte en cuanto a que, en atención al carácter de orden público de dicha normativa, en caso de concurrir los requisitos de procedencia, no requiere petición alguna de las partes y puede ser aplicada aun de oficio por los jueces.

Por todo lo expuesto, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada y se declara verificado un crédito a favor del Estado Nacional -Ministerio de Economía- en la suma de pesos treinta y ocho millones ochenta y tres mil seiscientos ochenta y siete con ochenta y tres centavos

-///-(\\$ 38.083.687,83) en el carácter de quirografario. Costas a cargo de la concursada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

ENRIQUE S. PETRACCHI

E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso ordinario deducido por el Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, representado por la Dra. Virginia Luciana Macia Reidel, con el patrocinio del Dr. Javier Suárez Benito.

Traslado contestado por los sindicatos, Estudio Suez Pustilnik y Asociados, con el patrocinio letrado de la Dra. Graciela Olga Moussoli, Estudio Stolzing, Linares y Asociados, con el patrocinio letrado del Dr. Julian Linares del Estudio Jurídico Estoup y Asociados y Estudio Mónica Cecilia Rapp y Asociados, con el patrocinio letrado de la Dra. Marina Cecilia Risso.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional en lo Comercial nº 1.



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.

ABRIL

BRONDINO, JUAN E. Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL
S/ORDINARIO

OBRAS SOCIALES

No resulta atinada la pretensión de aplicar al Instituto de Obra Social del Ejército (I.O.S.E.), por vía de analogía, las previsiones de la ley 23.660 en cuanto a los porcentajes de aportes máximos que resultan exigibles a sus afiliados si dicha obra social, en tanto no ha manifestado su voluntad de adherir al régimen de la citada ley, se halla expresamente excluida de sus disposiciones y cuenta con una regulación propia que, entre otros aspectos, dedicó un apartado específico al modo en que deben efectuarse los aportes correspondientes.

OBRAS SOCIALES

No cabe formular reparos respecto de la validez constitucional de la resolución 016/2001 del Jefe del Estado Mayor General del Ejército si resulta indiscutible la facultad del Poder Ejecutivo para autorizar a éste a fijar el importe mínimo de la cuota de afiliación y a aplicar cuotas compensadoras extraordinarias de refuerzo destinadas a asegurar el equilibrio económico financiero del I.O.S.E. y mantener el nivel asistencial mínimo que debe brindar a sus afiliados y las normas impugnadas aparecen como razonables y adecuadas a los fines que procuraban alcanzar y acordes con la crítica situación que debían conjurar.

OBRAS SOCIALES

Habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde llevar a conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional las particulares circunstancias a partir del incremento de las retribuciones del personal en actividad del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional con posterioridad al año 2001 a los efectos de que evalúe si la modificación en la forma en que el personal del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional debería percibir sus remuneraciones, derivada de lo decidido en las causas “Salas” (Fallos: 334:275) y “Zanotti” (Fallos: 335:430) habría puesto fin a la disfuncionalidad que, según la resolución del Jefe del Estado Mayor General del Ejército 016/01 constituyó una de las razones que determinaron el incremento de los aportes y si, en consecuencia, subsisten las razones de excepción que justificaron modificar los porcentajes oportunamente previstos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná revocó la decisión de mérito que declaró la inconstitucionalidad de la resolución n° 016/01 del Estado Mayor General del Ejército Argentino (EMGEA) y ordenó al Estado Nacional retener en concepto de aportes por obra social los porcentajes de la ley n° 23.660 y devolver lo descontado en exceso desde los diez años anteriores a la demanda, con intereses y costas.

Para así decidir arguyó, en suma, que: a) las prerrogativas del Jefe del Estado Mayor General del Ejército para fijar el aporte a cargo del afiliado en concepto de obra social encuentran fundamento legítimo en la ley n° 18.683 y en los decretos n° 2.239/70 y 1.478/97; b) el ejercicio de esas prerrogativas, orientado a mantener las prestaciones de los afiliados voluntarios con normalidad y continuidad, no se evidencia arbitrario, ilegítimo ni confiscatorio; c) el planteo constitucional de la actora resulta inoportuno y contrario a sus propios actos, pues la resolución atacada data del año 2001 y el reproche del 2006; y, d) la ley n° 23.660 es inaplicable al IOSE en razón de lo previsto por su artículo 1°, inciso g), sin perjuicio de que el artículo 16 del precepto establezca un piso -no un techo- al aporte de los afiliados (fs. 41/54 y 79/85).

Contra esa decisión la actora dedujo recurso extraordinario, que fue replicado y concedido en orden a la cuestión federal simple basada en el artículo 14 de la ley n° 48 (fs. 88/99, 102/103 y 108/109).

- II -

La recurrente, en síntesis, arguye la errónea interpretación de reglas federales (ley n° 23.660 y dec. n° 1.776/07) y el desconocimiento de los artículos 4, 14 bis, 16, 17, 23, 75, incisos 23 y 32, 76 y 99, inciso 3°, de la Carta Magna.

Dice que el poder de autarquía del Instituto de Obra Social del Ejército (IOSE) no justifica el incremento del aporte en exceso de lo dispuesto por los artículos 16 y 17 de la ley n° 23.660. máxime, a partir de la inclusión del Ente entre las obras sociales estatales de artículo 3° del anexo al decreto n° 1.731/04 (cfse. art. 1°, dec. n° 1.776/07), extremo que fue soslayado por la Cámara.

Resalta que lo vinculado con la determinación del aporte es una potestad del Poder Legislativo y que se halla vedado su incremento por instrumentos de jerarquía inferior a la ley dada su naturaleza tributaria o parafiscal.

Expresa que, tratándose de una acción de inconstitucionalidad, no procede el trámite previo, pues debe ser resuelta exclusivamente por el Poder Judicial, a lo que se suma que se adujo la invalidez constitucional del artículo 30 de la ley n° 19.549, que impone dicha reclamación administrativa previa, con fundamento en los artículos 1, 18, 31 y 116 de la Ley Fundamental.

Resalta que los rubros salariales son irrenunciables y de tenor alimentario a la luz del artículo 14 bis de la Constitución, al tiempo que critica la imposición de costas frente al carácter verosímil y razonable del reclamo (v. fs. 88/99).

- III -

Los actores, personal retirado y pensionistas del Ejército Argentino, peticionan la reducción al tres por ciento del aporte a la obra social, IOSE, y la restitución retroactiva de lo abonado en exceso de ese porcentaje, cuestionando a tal efecto la resolución EMGEA n° 016/01(v. fs. 1/8).

Mediante ella, el Jefe del Estado Mayor General del Ejército, desde el 01/11/01 y hasta revertir la situación actual..., autorizó a la Dirección General del IOSE a establecer entre otros puntos, el porcentaje de descuentos mensuales de la cuota de afiliación -Titular: 6%; Grupo Familiar Directo: 8% y Familiar a Cargo: 6%- y la cuota mínima -\$30- y a aplicar los nuevos porcentajes al sueldo anual complementario (ítems 1, 2 y 5, resol. n° 016/01, fs. 83/84 del legajo agregado por proveído de fs. 31).

Argumentó para ello, en síntesis: a) el incremento en los gastos de salud -que, desde 1994, superan anualmente a los recursos disponibles- determinado por el aumento de las tasas de uso de las prestaciones médicas y los incrementos de costos de las coberturas provistas; b) el dictado de los decretos n° 430/00 y 484/00 y las leyes n° 25.152 y 25.453 y la consecuente modificación de los gastos en personal del Ejército y la Gendarmería Nacional;

c) la disminución de las remuneraciones de los integrantes de esas instituciones y, con ello, de los recursos a percibir en concepto de obra social; d) la insuficiencia de las medidas de carácter administrativo y asistencial para revertir la situación existente; y, e) la necesidad de adoptar las previsiones financieras que garanticen los servicios sociales -fundamentalmente, de sanidad- sin dejar de ponderar la situación económica de los afiliados (cfr. cons., resol. n° 016/01).

El tribunal interviniente, tras contestar la demanda el Estado Nacional, declaró el asunto de puro derecho y admitió el reclamo con arreglo a un parecer dejado de lado, más tarde, por la Cámara (v. fs. 22/30, 34, 41/54 y 79/85).

- IV -

Ante todo compete subrayar que, con arreglo al artículo 1º de la ley n° 18.683, el Instituto de Obra Social del Ejército (IOSE) tiene naturaleza jurídica de entidad autárquica, con jurisdicción en todo el país; está dotado de personalidad y competencia para obrar por sí en el ámbito del derecho público y en el del derecho privado; y depende, en lo relacionado con su fiscalización, control y conducción, del comandante en jefe del Ejército. La finalidad del Instituto -según el mismo precepto- es el desarrollo de un plan permanente y progresivo de bienestar social para sus afiliados.

A través del artículo 3º, por su lado, se faculta al Poder Ejecutivo, con respecto al IOSE, para: a) Reglamentar su organización y funcionamiento, debiendo dictar el estatuto orgánico dentro del plazo de 90 días, a contar de la promulgación de la ley; y, b) Establecer en el mencionado cuerpo normativo lo referente al gobierno, administración y conducción del ente y régimen económico-financiero y de fiscalización, con arreglo a las leyes generales de la Nación y a las previsiones que rigen las entidades autárquicas, debiendo tener en cuenta, de modo primordial, la finalidad del organismo (v. BO: 27/05/70).

La norma reglamentaria, a su turno, aprueba el Estatuto Orgánico del IOSE (v. art. 1, dec. n° 2.239/70; BO: 27/05/70).

En dicho cuerpo normativo, vale puntualizarlo, se reitera que el Instituto es una entidad autárquica de bienestar social dependiente, en cuanto a su fiscalización, conducción

y control, del comandante en jefe del Ejército (art. 1º).

Se dispone, asimismo, que se considerará afiliado al IOSE al personal militar y civil del Ejército y la Gendarmería Nacional -y los miembros de su familia-, en las condiciones que determine el Régimen de Afiliación, pudiendo extenderse ese derecho a otras personas, de acuerdo a las normas de ese reglamento (v. art. 4º y art. 2, ley n° 18.683).

Se establece, en otro orden, el régimen económico - financiero del organismo, que incluye en el detalle de recursos, las cuotas de los afiliados, así como el de fiscalización (v. Capítulos V, en especial, art. 19.2., y VI).

En lo que toca al Régimen de Afiliación se dictó, en lo que interesa, el decreto reglamentario n° 1.478/97 (BO: 08/01/98), por el que se sustituyó el precepto hasta entonces vigente en la materia (v. arts. 1 y 2).

Se lee allí que el régimen comprende, entre otros, al personal militar y civil del Ejército, de la Gendarmería y del IOSE, en actividad y pasividad, sus grupos familiares (ítem II.1), y los pensionistas (ítem II.4); y, si bien se establece la afiliación obligatoria del personal activo, se dispone, en cambio, voluntaria la del personal retirado y la de los pensionistas (cfr. capítulo I, arts. 2, puntos a y b; 3, puntos a y d; 9, puntos a y b, apartados 1 y 2; y 11, punto a; todos del anexo A, dec. n° 1.478/97).

En lo que concierne a los recursos económicos, por su parte, el Régimen de Afiliación en estudio se ocupa tanto de las contribuciones patronales como de los aportes de los afiliados, dirigidos a satisfacer las erogaciones que demande el funcionamiento del IOSE (v. Capítulo IV).

En cuanto a las primeras, son las "... cantidades giradas periódicamente por el Ejército y la Gendarmería, al IOSE, en su carácter de empleadores, cuyo monto surja de un porcentaje de las remuneraciones que perciba el personal en relación de dependencia con el Ejército y la Gendarmería Nacional..." (v. art. 21.a.).

En lo relacionado con los aportes, consistirán "en una suma cuyo valor surja de lo determinado en el Capítulo VI, artículos 24 y 25" (cfr. art. 21.b.), y su recaudación a partir del descuento de los haberes y posterior remisión al IOSE, estará a cargo de los organismos competentes -Contaduría General del Ejército, Dirección Nacional de Gendarmería, Instituto

de Ayuda Financiera. Anses, Caja de Retiros de la Policía Federal, etc.- o bien será percibida directamente por el Instituto asistencial en otros supuestos (Capítulo V, art. 23, apartados a y b).

El valor de la cuota de afiliación mensual, según dispone el mencionado artículo 24, "se calcula sobre la totalidad de los rubros que integran el haber mensual del personal, con expresa exclusión del salario familiar y de los suplementos particulares que perciba el personal militar y de Gendarmería Nacional en actividad..." (v. apartado "a"), mientras que el importe total mínimo de la cuota de afiliación surgirá de un valor determinado por resolución del Jefe del Estado Mayor General del Ejército a propuesta de la Dirección General del IOSE, previa aprobación del Directorio de ese Organismo..." (ap. "b"), correspondiendo el reajuste automático del importe de la cuota de afiliación en cada oportunidad que se incrementen las remuneraciones." (v. ap. "c").

El artículo 25 del Régimen de Afiliación, finalmente, establece "otras cuotas" (tipo, de ingreso, etc.), entre las que merece destacarse la "cuota asistencial compensadora", que "... Se aplicará con carácter transitorio y en forma excepcional, para mantener el nivel asistencial mínimo que se debe brindar a los afiliados..." [y que] "... Será determinada por el Jefe del Estado Mayor General del Ejército a propuesta del Director General del IOSE, previa aprobación del Directorio de ese Elemento..." (v. ap. "d").

También será determinada por el Jefe del Estado Mayor, con iguales recaudos, la "cuota de afiliación de hijo e hijastro mayor de veintisiete años" (v. art. 25, ap. "c", dec. n° 1.478/07).

Cabe explicitar, por último, en orden al sostenimiento del IOSE y de las Obras Sociales de las Fuerzas Armadas, que el decreto n° 2.561/73 estableció como contribución patronal el 2% de las remuneraciones que reciba el personal dependiente de ellas (cfse. BO: 10/04/73), porcentaje elevado luego, por decreto n° 1.138 del 17/10/74, al 2,5%, y más tarde, por decreto n° 298 del 30/04/76, al 4,5%.

En fecha reciente, mediante el decreto n° 1.478/08, y como un modo de paliar el déficit y de asegurar la prestación de los servicios de salud y bienestar, se incrementó la contribución patronal al 6%, al tiempo que se estableció otra contribución mensual adicional,

equivalente al 2% de las remuneraciones contributivas del personal militar en actividad de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, destinada a financiar el sostenimiento de los servicios del personal retirado, jubilado y pensionado (v. BO: 18/09/08).

Por su parte, si bien el IOSE resulta alcanzado por la enumeración del artículo 1º de la ley n° 23.660 (inc. g), no adhirió al ordenamiento (v. arts. 6º párrafo 2º, y 15, ley n° 23.661); a lo que se suma que, en virtud del artículo 1º, inciso a), del decreto n° 446/00, en la versión del decreto n° 1.140/00, devino excluido del derecho a la "libre opción del prestador", atendiendo al particular marco regulatorio en que entidades como la estudiada desenvuelven sus prestaciones (cfr. párrafo 4º, Considerando del dec. n° 1.140/00 y decs. n° 1.731/04 y n° 1.776/07).

- V -

Expuesto lo anterior, incumbe referir que, sobre la base de estudios realizados por la Dirección General de Bienestar del Ejército, a partir de lo solicitado por el propio IOSE, y con base legal en los artículos 1º del Estatuto Orgánico del Instituto (dec. n° 2.239/70) y 24, incisos a y b, del Régimen de Afiliación (dec. n° 1.478/97), el Jefe del Estado Mayor General del Ejército (JEMGEA) autorizó a la Dirección General del IOSE -entre el 01/10/98 y por diez meses- a establecer, entre otros puntos, el porcentaje de descuentos mensuales de la cuota de afiliación -Titular: 5%; Grupo Familiar Directo: 7%, y Familiar a cargo: 5%- y a fijar la cuota mínima de afiliación en pesos veinticinco.

Valoró para ello, en suma, el aumento incesante de los gastos de salud desde 1994 y de las tasas de empleo de las prestaciones médicas, que superan anualmente a los recursos disponibles, y la insuficiencia de las medidas administrativo-asistenciales adoptadas por el IOSE, en pos de mejorar la relación ingresos-egresos, para revertir el déficit (cfr. resol. del 28/09/98, a fs. 77/78 del agregado).

La mencionada disposición fue prorrogada, por iguales fundamentos, a partir del 01/08/99, por el término de diez meses, y más tarde, a partir del 01/06/00, fue prorrogada "hasta tanto desaparezcan las causales que le dieron origen" (resol. JEMGEA del 19/05/99 y resol. JEMGEA del 28/04/00; fs. 79/80 y 81/82, respectivamente, del expediente agregado al

principal).

Dichas resoluciones, cuyas copias fueron adjuntadas a la causa por la propia demandada, componerán el antecedente de la resolución nº 016/01, cuya constitucionalidad se discute, y que fue revocada en lo concerniente a la autorización de descuento de la cuota de afiliación sobre el sueldo anual complementario, a partir del correspondiente a junio de 2003 (v. resol. EMGE nº 045/03, fs. 85/86 del agregado).

Cabe referir, en cuanto interesa que, en el marco del decreto nº 1.478/97, se considera afiliado "titular", al personal en quien nace el deber y el derecho a la afiliación para sí y sus familiares; "titular pensionista", a quien asume la titularidad del grupo y se encuentra afiliado al momento del deceso o de la baja por destitución del titular; "afiliado familiar", a los familiares directos del titular (cónyuge, hijos e hijastros solteros hasta los 21 años y menores en trámite de adopción); y "afiliado familiar a cargo", a familiares que, en diversos supuestos y condiciones, se encuentren judicialmente a cargo del afiliado titular (cfr. Capítulo I, arts. 1, 4 a 6 y 8 a 11).

- VI -

Dicho lo anterior, corresponde reiterar que demandan en el *sub lite* un sargento ayudante, un suboficial mayor -ambos en situación de retiro- y una pensionada, viuda de un sargento ayudante, todos del Ejército Argentino, beneficiarios del I.A.F.P.R.P.M. (Instituto de Ayuda Financiera Para el Pago de Retiros y Pensiones Militares).

Ellos pretenden, en definitiva, que se ajusten sus aportes en concepto de obra social a lo previsto en los artículos 16 y 17 de la ley nº 23.660; es decir: un aporte a cargo de los afiliados del 3% de su remuneración, incrementado en 1,5% por cada beneficiario a cargo del titular, no acrecentable sino por ley.

Dicen que sus aportes en tal concepto, al tiempo de reclamar, exceden el 9%, con lo que más que duplican lo dispuesto por la legislación general de fondo, expresamente aludida por el artículo 3º, apartado b), de la ley nº 18.683, contradiciendo así -entre otros- los artículos 1, inciso g), 16, inciso b), y 17 de la ley nº 23.660, y 14 bis, 16, 17, 31 y 75, incisos 18 y 19, de la Constitución Nacional.

Subrayan que, en origen y hasta hace aproximadamente diez años, aportaban en su calidad de afiliados titulares un 3% del haber, y que, progresivamente, el porcentaje se acrecentó hasta alcanzar alrededor del 10% al momento del reclamo -07/07/06; fs. 8- (cfr. fs. 1/8).

Cabe apuntar que, al contestar la demanda, el Estado Nacional se esforzó por defender la regularidad constitucional de la resolución n° 016/01 y la no adhesión del IOSE al régimen de la ley n° 23.660: así como también reiterar que, el juez de grado, proveyendo a lo peticionado por la parte actora, declaró la cuestión "de puro derecho" (cfse. fs. 22/30, 33vta. y 34).

- VII -

El recurso extraordinario es formalmente admisible pues se cuestionó la validez de la resolución EMGEA n° 016/2001 con fundamento en diversas disposiciones federales y constitucionales, y la sentencia de la *a quo* resultó contraria a las prerrogativas invocadas por la quejosa.

Sentado ello incumbe tener presente que en la tarea de esclarecer el alcance de normas federales, la Corte Suprema no se encuentra limitada por los argumentos de los litigantes o del *a quo*, sino que le atañe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, de acuerdo a la inteligencia que rectamente le otorgue (cfr. Fallos: 323:1491 y su cita, 330:4721, etc.).

- VIII -

Esta Procuración General tuvo ocasión de estudiar, en fecha reciente, un caso que guarda relevante analogía con el debatido.

Se trata de los autos S.C. M n° 336, L. XLIV; "Molina, Miguel Horacio y otros c/ Policía Federal Argentina", del 30/04/09, a cuyas consideraciones corresponde estar, en todo lo pertinente, por razones de brevedad.

Se expuso allí, en suma, que la categoría de los aportes y contribuciones de la seguridad social y restantes gravámenes obligatorios de orden asistencial, como los de obras sociales, integran el género "tributos" a los efectos del principio de legalidad fiscal (cfr. Fallos:

331:1468, etc.). extremo que, asimismo, cabe derivar de la pauta hermenéutica emanada del artículo 17 de la ley nº 23.660, que veda el aumento de aportes, contribuciones y recursos de otra naturaleza destinados al sostenimiento de las obras sociales si no es por imperio de una ley.

También se dijo, citando jurisprudencia de V.E., que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación en el Ejecutivo o el dictado de decretos de necesidad y urgencia; y que, si bien no existe un óbice constitucional para que el Poder Legislativo confiera al Ejecutivo -o cuerpo administrativo- cierta autoridad a fin de reglamentar una norma, ello es así en tanto importe configurar los detalles necesarios para la ejecución de la ley y el decreto se ajuste a su texto y espíritu y a la política legislativa fijada.

En el caso, cabe enfatizar la índole reglamentaria de los decretos nº 2.239/70 y 1.478/97, y que el artículo 3º de la ley nº 18.683 convoca al Poder Ejecutivo a establecer el gobierno, administración y conducción del Ente, así como su régimen económico, financiero y de fiscalización "... con arreglo a las leyes generales de la Nación...", las que, en el *sublite*, determinan un aporte del 3% del salario del afiliado titular y del 1,5% por cada beneficiario a su cargo (art. 16, inc. b, ley 23.660). Dichos porcentajes han sido largamente excedidos en el *sublite* (6 y 8% para el afiliado titular y su grupo familiar directo y 6% para cada beneficiario a cargo).

Desde otro punto de vista, recuerdo que el aporte de los beneficiarios de la Administración Nacional de la Seguridad Social y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) es también del 3%, tengan o no grupo familiar, calculado sobre los haberes de las prestaciones, hasta el importe del haber mínimo, y del 6% sobre lo que excede dicho monto (cfr. art. 8, apartado a, ley nº 19.032; BO: 28/05/71).

Por lo demás, aún situados en el ámbito del decreto nº 1.478/97, es claro que el ordenamiento sólo habilita al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, a propuesta de la Dirección General del IOSE y previa aprobación del Directorio del Organismo, a determinar el importe mínimo de la cuota de afiliación. la cuota del hijo o hijastro mayor de veintisiete años

y la cuota asistencial compensadora (arts. 24, inc. b, y 25, incs. c y d); y también es claro que la resolución EMGE n° 016/01 y las que le precedieron -cf. ítem V del dictamen- exceden ese marco.

Y es que en ellas, además del tenor autárquico del IOSE, se invocó el referido artículo 24, inc. b), del decreto n° 1.478/97, pretiriendo, singularmente, la cláusula del artículo 25, inc. d), del precepto, que autoriza precisamente, con carácter transitorio y excepcional, el oportuno y expeditivo establecimiento de una cuota compensadora para así sostener el nivel asistencial mínimo que se debe brindar a los afiliados (cf. Pár. 3°, "Considerando" del decreto n° 2.142/94).

Tal indole excepcional dista de poder predicarse de decisiones administrativas -propiciadas, finalmente, por un órgano subalterno; Directorio del IOSE-, que datan al menos de 1998 y que en último término habilitan, excediendo la competencia alegada, significativos aumentos de aportes "...hasta revertir la situación actual...", es decir, sin límites cuantitativos ni temporales (v. resol. n° 016/01, fs. 83/84 del agregado).

Ello tampoco encuentra, sin más, un justificativo en la invocada autarquía del Ente para adoptar y ejecutar -por sí- las decisiones que hacen a sus fines, toda vez que ella, como se deriva de la ley n° 18.683 (art. 3°, "b"), en modo alguno lo desvincula de la facultad del Congreso de dictar leyes en la materia ni de la normativa, en parte reseñada, establecida reglamentariamente y ceñida aquí, en lo que nos ocupa, a la fijación del monto mínimo de la cuota de afiliación.

Repárese en tal sentido que, contemporáneamente a esos aumentos, el Estado empleador sólo contribuía al mantenimiento del IOSE con un 4,5% (v. sentencia, fs. 49vta.), porcentaje que recién fue elevado -como se resaltó- a través del decreto n° 1.478/08. En esa oportunidad, como en ocasión del dictado de los anteriores decretos n° 2.561/73 y 298/76, el propio Ejecutivo acudió en los fundamentos del precepto a la normativa general sobre obras sociales (v. "considerandos").

Por otro lado, aquí, al igual que en el dictamen que se invoca, no se acreditaron según es menester los extremos fácticos alegados y se arguyeron circunstancias, como la no participación del IOSE en fondos de redistribución del sistema general de obras sociales, que

resultan extrañas a los afiliados y, en todo caso, referibles a conductas del Estado empleador (v. fs. 44vta., sentencia de primera instancia).

Análoga observación cabe efectuar a propósito de la singular configuración de los emolumentos del personal de estas Fuerzas y de la definición de los rubros contributivos (v. art. 24, ap. "a", dec. 1.478/97), atinentes también, en definitiva, a disposiciones del propio Estado demandado.

En lo que concierne al voluntario sometimiento de los accionantes al precepto en debate y al carácter optativo de la afiliación del personal retirado a la obra social, compete estar, especialmente, a lo expuesto en S.C. M. n° 336, L. XLIV ("Molina"), ya referido, y hacer hincapié en que se encuentran comprometidas aquí garantías que amparan la propiedad, la legalidad y los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable (art. 14 bis, C.N.).

- IX -

Por lo dicho, estimo que corresponde declarar admisible el recurso, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio y restituir la causa al tribunal de origen a fin de que se pronuncie sobre la prescripción alegada por el Estado Nacional (cfse. fs. 28vta., 69vta. y 76).

Buenos Aires, 18 de junio de 2010.

MARTA A. REIRÓ de GONZÁLEZ
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *9 de abril de 2013.*

Vistos los autos: "Brondino, Juan E. y otros c/ Estado Nacional s/ ordinario".

Considerando:

1º) Que los actores -personal retirado y pensionistas del Ejército Argentino-, afiliados al Instituto de Obra Social del Ejército (I.O.S.E.), promovieron demanda contra el Estado Nacional con el objeto de obtener la reducción al 3% del aporte para la citada obra social; la inmediata restitución retroactiva de las diferencias con más sus intereses y solicitaron se declare la inconstitucionalidad de la resolución del Jefe del Estado Mayor General del Ejército (JEMGE) 016/2001 que había incrementado el aporte con destino al financiamiento de la entidad.

2º) Que contra el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná que, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda, los actores interpusieron recurso extraordinario que fue concedido por encontrarse en juego la interpretación y validez de normas federales (conf. fs. 108/109).

Además de reiterar los planteos efectuados en su demanda vinculados con la ilegalidad e inconstitucionalidad de la resolución dictada por el JEMGE por carecer de facultades para determinar el aporte que debe realizarse a la obra social, atribución que pertenece al Poder Legislativo, y con la aplicabilidad al caso del régimen establecido por la ley 23.660, los recurrentes invocan que la alzada ha soslayado la referencia que hicieron respecto del decreto 1776/07, norma en la que el propio demandado aclara que las obras sociales mencionadas, entre las que se incluye al I.O.S.E., quedan comprendidas dentro del concepto de obras sociales estatales, sometiéndolas al régimen de administración financiera para entidades del sector público y

quedando comprendidas dentro del art. 1º, inc. 3º, de la ley 23.660.

3º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, puesto que, tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en el apartado VII de su dictamen, se ha puesto en tela de juicio la validez de la resolución JEMGE 016/01, norma de carácter federal, con fundamento en diversas disposiciones federales y constitucionales, y el pronunciamiento apelado ha sido contrario a las prerrogativas invocadas por los actores.

En este sentido, corresponde señalar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes o el a quo sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros).

4º) Que a los efectos de una adecuada comprensión de las cuestiones planteadas, corresponde señalar que la ley 12.913, al reemplazar a los decretos 11.890/45, 12.519/46 y 13500/1946 por un texto único, creó la "Obra Social del Ministerio de Guerra" como entidad mutual dependiente directamente de dicho departamento de Estado y estableció que el Poder Ejecutivo reglamentaría su funcionamiento fijando el alcance de los servicios a prestar, la contribución que corresponda al Estado y las cuotas de aporte de los afiliados (art. 5º).

Con posterioridad, la ley 18.683 cambió la denominación de dicha obra social por la de Instituto de Obra Social del Ejército (I.O.S.E.), y declaró que tendría naturaleza jurídica de entidad autárquica, con jurisdicción en todo el territorio del país, dotada de personalidad y competencia para actuar por sí en el ámbito del derecho público y en el del derecho privado, dependiendo en cuanto a su fiscalización, control y conducción, del comandante en jefe del Ejército; y cuya finalidad sería el cumplimiento y desarrollo de un plan permanente y progresivo de bienestar social para sus afiliados (art. 1º).

Asimismo, atribuyó facultades al Poder Ejecutivo para reglamentar la organización y funcionamiento de la citada entidad, debiendo dictar el correspondiente estatuto orgánico; establecer en dicho cuerpo normativo todo lo referente al gobierno, administración y conducción de la entidad y régimen económico-financiero y de fiscalización, con arreglo a las leyes generales de la Nación y a las normas que rigen las entidades autárquicas, por lo cual debería tener en cuenta de manera primordial, la finalidad del organismo (art. 3º).

Con posterioridad, el decreto 2239/70 aprobó el Estatuto Orgánico de la entidad en cuestión que reitera el carácter de ente autárquico de bienestar social dependiente del Jefe del Ejército; establece como misión la de proporcionar servicios asistenciales de carácter social para satisfacer las necesidades fundamentales que contribuyan al bienestar de sus afiliados; considera que tendrán dicho carácter el personal superior, subalterno y civil del Ejército y de la Gendarmería Nacional y miembros de su familia en las condiciones que determine el Régimen de Afiliación, pudiendo extenderse a otras personas, siempre de acuerdo con dicho sistema y, al fijar el régimen económico financiero, señala que el patrimonio del I.O.S.E. estará integrado, entre otros ítems, por las cuotas de los afiliados. También dispone que las prestaciones a cargo de la entidad comprenderán la asistencia sanitaria, económica (entre otros: vivendas, subsidios, créditos, fondos de afiliación, farmacias y laboratorios, servicio jurídico-social, servicio fúnebre), cultural y espiritual (arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 19, inc. 2º).

Mediante el decreto 1478/97 se aprobó el "Régimen de Afiliación" -que ya había sido instaurado sucesivamente por los decretos: 2610/70, 4654/73, 537/92 y 2142/94- que, además de contemplar como afiliados al personal militar y civil del Ejército, de Gendarmería y del I.O.S.E., en actividad y pasividad, y sus grupos familiares, establece cuáles serán los recursos con que contará la obra social: las contribuciones a cargo del Ejército y de la Gendarmería Nacional, cuyo monto surgiría de un

porcentaje de las remuneraciones que perciba el personal en relación de dependencia, y los aportes de los afiliados (arts. 1º/8º, 21).

El citado régimen dispone que dichos aportes consistirán en una suma cuyo valor se calculará sobre la totalidad de los rubros que integran el haber mensual del personal, con expresa exclusión del salario familiar y de los suplementos particulares que perciba el personal militar y de Gendarmería en actividad; que el importe total mínimo de la cuota de afiliación surgirá de un valor determinado por Resolución del Jefe de Estado Mayor General del Ejército a propuesta de la Dirección General del I.O.S.E., previa aprobación del Directorio de la entidad, y que corresponde el reajuste del importe de la cuota de afiliación en cada oportunidad que se incrementen las remuneraciones. Asimismo, contempla una cuota asistencial compensadora que se aplicará con carácter transitorio y en forma excepcional, para mantener el nivel asistencial mínimo que se debe brindar a los afiliados, también a determinar por el JEMGE (arts. 23/25).

5º) Que en este marco normativo y frente a la insuficiencia de las medidas tomadas para revertir la situación existente en cuanto a que los gastos de salud superaban anualmente los recursos disponibles y ante la necesidad de adoptar las previsiones financieras necesarias que posibilitasen asegurar la normal continuidad de los servicios sociales, fundamentalmente de sanidad, el 28 de septiembre de 1998 el Jefe del Estado Mayor General del Ejército dictó una resolución que por el término de 10 meses autorizaba a la Dirección General del I.O.S.E. a fijar el porcentaje de descuentos mensuales de la cuota de afiliación del 5% para el titular, del 7% para el grupo familiar directo y del 5% para el familiar a cargo, además de determinar la cuota mínima en \$ 25. Dicha resolución fue prorrogada por idéntico plazo el 19 de mayo de 1999 y, posteriormente, hasta tanto desapareciesen las causales que le habían dado origen (resolución JEMGE del 28 de abril de 2000).

Estas disposiciones constituyen el antecedente de la

Resolución del JEMGE 016/01 cuya validez cuestionan los recurrentes. En ella, con fundamento en la situación deficitaria en que se encontraba la entidad y en las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional (en los decretos 430/00, 484/00 y ley 25.453) que introducían modificaciones de gastos en personal de la administración pública, afectando por ende al personal militar y civil del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional afiliados a la obra social, se decidió elevar -a partir del 1º de noviembre de 2001 y hasta revertir la situación existente- el porcentaje de descuento mensual de los afiliados titulares al 6%, del grupo familiar directo al 8%, del familiar a cargo al 6% y de la cuota mínima de afiliación a \$ 30.

Por último, en lo que respecta a los recursos financieros con que cuenta el I.O.S.E. para su funcionamiento, corresponde señalar que el decreto 1478/2008 elevó al 6% la contribución estatal obligatoria mensual, que en su origen había sido fijada en el 2% por el decreto 2561/73 y sucesivamente incrementada por los decretos 1138/74 y 298/76. También se fijó otro 2% de contribución patronal adicional para paliar la atención de retirados y pensionados por los que, hasta ese momento el Estado no contribuía.

6º) Que descripto el régimen imperante en la materia se impone en primer lugar señalar que no se ha alegado -y menos aún demostrado- que el I.O.S.E. haya adherido expresamente al régimen de la ley 23.660, en los términos del art. 1º, inc. g, de esa norma y su reglamentación. De manera que la citada entidad no se encuentra comprendida en dicho marco regulatorio ni incluida dentro de los prestadores elegibles del sistema de obras sociales, constituyendo además una obra social de tipo "cerrada" en cuanto al ingreso de beneficiarios ajenos al Ejército Argentino y a la Gendarmería Nacional.

No altera esta conclusión el hecho de que hubiese sido incluida en el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal por el decreto 1776/07 como una de las Obras Sociales Estatales y sometida, por ello, al régimen de administración financiera es-

tablecido por el art. 8º, inc. b, de la ley 24.156, pues los fundamentos del citado decreto dejan en claro que sus previsiones se refieren a obras sociales que no han adherido al sistema establecido por la ley 23.660 y que pertenecen a la Administración Central, con regulaciones particulares dada la naturaleza de sus funciones o prestaciones.

7º) Que, en consecuencia, y atento a las especiales características que presenta el marco normativo que regula su funcionamiento, no resulta atinada la pretensión de los actores de aplicar a la obra social en cuestión, por vía de la analogía, las previsiones de la ley 23.660 en cuanto a los porcentajes de aportes máximos que resultan exigibles a sus afiliados. En efecto, el I.O.S.E., en tanto no ha manifestado su voluntad de adherir al régimen de la citada ley, se halla expresamente excluido de sus disposiciones y cuenta con una regulación propia que, entre otros aspectos, dedicó un apartado específico al modo en que deben efectuarse los aportes correspondientes.

8º) Que, en este orden de ideas, no debe perderse de vista que el Instituto de Obra Social del Ejército fue instituido por la ley 18.683 como una entidad autárquica cuya fiscalización, control y conducción se asignó al Comandante en Jefe del Ejército (confr. art. 1º). Asimismo, en el precepto se otorgó al Poder Ejecutivo Nacional, entre otras, la facultad de fijar la forma de gobierno, administración y conducción de la entidad y el régimen económico financiero y de fiscalización, con arreglo a las leyes generales de la Nación y a las normas que rigen la entidades autárquicas, teniendo en cuenta de manera primordial la finalidad del organismo (confr. art. 3º). En ejercicio de esas potestades es que se dictaron los decretos 2610/70, 2239/70, 4654/73, 537/92, 2142/94 y 1478/97 en los que se instituyó el régimen del I.O.S.E., se delinearon sus fines y competencias, estableciéndose las condiciones de ingreso y egreso, y los recursos para su funcionamiento así como el financiamiento del sistema.

En este aspecto, el Poder Administrador entendió ade-

cuando financiarlas con un aporte proveniente de los afiliados (obligatorios para el personal del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional en actividad y voluntarios en el caso del personal retirado, jubilado, pensionistas y familiares) y una contribución estatal, fijándolo en las alicuotas que, en virtud del estudio de los gastos, resultaba necesario integrar, distinguiendo la forma de cálculo según se tratara de uno u otro caso (confr. decretos 2561/73, 1138/74, 298/76 y 1478/08).

9º) Que el Poder Ejecutivo Nacional ejercitó sus potestades reglamentarias en presencia de una ley que requería de ellas, para lo cual, a los efectos de una mejor ejecución, estableció requisitos, condiciones y limitaciones que se ajustaron al espíritu de la norma reglamentada y sirvieron a una de las finalidades esenciales que ella perseguía (Fallos: 330:2255; 326:3521; 322:775, entre otros). En definitiva, por vía de los mencionados decretos 2239/70 y 1478/97 cumplió con la voluntad del legislador e implementó un plan permanente y progresivo de bienestar social para los afiliados al I.O.S.E., tal como se lo prevé en el art. 1º de la ley 18.683. En razón de ello ninguna duda cabe respecto a la competencia del Poder Administrador para determinar la forma en que las prestaciones deben financiarse a los efectos de asegurar el adecuado sostenimiento de la Obra Social con la finalidad de lograr el bienestar moral y material de los integrantes de la institución y sus familiares. Tal potestad incluye, sin lugar a duda, la de autorizar incrementos o disminuciones, dentro de límites razonables, del valor de la cuota de afiliación. También la de permitir la implementación de cuotas excepcionales con el objeto de hacer posible la atención de los fines perseguidos con la creación de la entidad asistencial.

10) Que en nada afecta a lo hasta aquí sostenido acerca de la aptitud del Poder Ejecutivo para establecer, en el caso, disposiciones relacionadas con el porcentaje de los aportes y contribuciones, las afirmaciones realizadas en el precedente de Fallos: 331:1468 respecto de la exención del aporte previsto en ley 19.032 derivada del Convenio de Transferencia

del Sistema Previsional Social de la Provincia de San Juan. En efecto, las consideraciones allí expuestas, a mayor abundamiento y sin entidad para modificar la suerte del pleito, no pueden entenderse como el abandono del criterio establecido desde antiguo por el Tribunal en el sentido de que aportes análogos a los involucrados en autos son conocidos genéricamente como "cargas sociales" y no participan de naturaleza tributaria (Fallos: 181:209; 189:234; 199:483; 247:121; 267:313; 273:259; 299:398, 403), pues se justifican por elementales principios de solidaridad que requieren la necesaria contribución para el mantenimiento de la estabilidad económico-financiera de las respectivas instituciones sociales. Es por ello que su fuerza obligatoria deriva del Poder del Estado para establecer una política de seguridad social que permita el goce de sus beneficios.

11) Que en nada modifica lo hasta aquí sostenido el hecho de que en el art. 3º de la ley 18.683 se hubiera dispuesto que la forma de gobierno, administración y conducción de la entidad así como su régimen económico financiero y de fiscalización deben determinarse "con arreglo a las leyes generales de la Nación". En efecto, colegir que dicha referencia obliga al Poder Ejecutivo a aplicar los porcentajes previstos en la ley 23.660 resulta irrazonable y, por sobre todo, contradictorio con las disposiciones de la Ley de Obras Sociales que expresamente excluyen de su régimen a las entidades asistenciales como el I.O.S.E.

12) Que, en consecuencia, resulta indiscutible la facultad del Poder Ejecutivo para autorizar al Jefe del Estado Mayor General del Ejército a fijar el importe mínimo de la cuota de afiliación y a aplicar cuotas compensadoras extraordinarias de refuerzo destinadas a asegurar el equilibrio económico financiero del I.O.S.E. y mantener el nivel asistencial mínimo que debe brindar a sus afiliados, sin que el uso de tal facultad configure, en principio, ninguna cuestión de índole constitucional en cuanto a su regularidad.

13) Que resta entonces determinar si esa potestad ha sido utilizada en forma razonable y para efectuar tal evaluación

no pueden soslayarse los motivos que justificaron el dictado de la resolución JEMGE 016/01 que elevó el porcentaje de descuentos mensuales de afiliación al 6% para el titular, al 8% para el grupo familiar y al 6% para el familiar a cargo. Para ello, resultan esclarecedores sus considerandos, en los que se detalló que desde mediados de 1994 los gastos de salud superaban a los recursos disponibles en las previsiones financieras del Instituto como consecuencia, entre otros aspectos, del incremento en las tasas de uso de las prestaciones médicas y el aumento del costo de las coberturas brindadas. También se agregó que los decretos 430/00, 484/00 y la ley 25.453 habían introducido modificaciones en el gasto en el personal militar y civil del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional, las que disminuían la remuneración de los afiliados y, en consecuencia, reducía los recursos que la obra social percibía de ellos.

Por otra parte, no resulta adecuado dejar de lado en este análisis la multiplicidad de funciones que pesan sobre el Instituto de Obra Social del Ejército, que no se limita a otorgar asistencia en materia de salud brindando las prestaciones médicas que requieren sus afiliados, sino que además, en cumplimiento de su misión de propender al bienestar moral y material de sus integrantes y sus familiares, cumple un rol social y económico, poniendo a disposición de ellos servicios de vivienda, turismo, subsidios, préstamos y créditos, etc. (conf. art. 3º, acap. 2º del estatuto aprobado por el decreto 2239/70).

14) Que a lo expuesto corresponde agregar que, si bien la situación relacionada con las remuneraciones de los afiliados sufrió modificaciones con posterioridad al año 2001, en virtud de incrementos dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional (conf. decretos 1104/05, 1246/05, 1095/06, 1126/06, 861/07, 871/07, 884/08, 1053/08, 751/09 y 752/09), no es menos cierto que una parte importante de esos aumentos fue otorgada a través de conceptos no remunerativos ni bonificables, que, en virtud de lo previsto en el art. 24 del Régimen de Afiliación para el Instituto de Obra Social del Ejército, no formaban parte de la base de cálculo del valor de la cuota a cargo de los afiliados.

15) Que, en consecuencia, en el marco de una situación crítica como la descripta aparece como legítima la adopción de medidas tendientes a mantener el nivel de financiación necesario para el normal desarrollo de los servicios de salud y prestaciones asistenciales que brinda el I.O.S.E., máxime cuando, por tratarse de situaciones extraordinarias, la normativa prevé la posibilidad de crear y modificar los aportes de los afiliados (arts. 24 y 25, inc. d del Régimen de Afiliación para el Instituto de Obra Social del Ejercito, decreto 1478/97).

16) Que si bien es cierto que estas alicuotas extraordinarias se prolongaron en el tiempo, no lo es menos que, cuando las circunstancias lo permitieron, el Jefe del Estado Mayor General del Ejército morigeró algunas de las medidas implementadas para hacer frente a la grave situación económico-asistencial que enfrentaba el I.O.S.E. Así, por ejemplo, en la resolución JEMGE 45/03 se autorizó al Instituto a cesar en la aplicación del descuento de la cuota de afiliación sobre el Sueldo Anual Complementario que también había sido decidida en la resolución JEMGE 016/01.

Por otra parte, el propio demandado no fue ajeno al sacrificio que la situación requería pues, como ya se señaló en el considerando 5º, último párrafo, no sólo incrementó el valor de la contribución a su cargo de un 4,5% a un 6%, sino que además estableció otra contribución estatal adicional, equivalente al 2% de las remuneraciones contributivas del personal militar en actividad de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, destinada a financiar el sostenimiento de los servicios del personal retirado, jubilado y pensionado (confr. decreto 1478/2008).

17) Que tampoco puede dejar de ponderarse a la hora de examinar la razonabilidad de la medida que los aportes dinerarios a la Obra Social, sean ordinarios o extraordinarios, se encuentran fundados en el principio de solidaridad según el cual todos los integrantes de dicha institución colaboran con su esfuerzo a su mantenimiento, lo que les garantiza la utilización

de las prestaciones de salud y asistenciales que esa obra brinda, por lo cual es lícito concluir que aun cuando puedan haber representado un esfuerzo adicional al ordinariamente realizado, los aportes excepcionales que aquí se discuten se encuentran legitimados por la grave situación que debía enfrentarse, por la asignación directa a que se encuentran destinados y por la obligación que tienen sus afiliados de contribuir solidariamente al mantenimiento de dicha entidad, cuyas prestaciones los actores no dejaron de gozar.

18) Que, en este orden de ideas, cabe destacar que la materia en examen rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella (*Fallos: 300:836*), máxime cuando –como en el caso– de no haberse adoptado las medidas cuestionadas, la obra social no hubiera podido brindar los servicios básicos e indispensables para la salud de los propios afiliados (confr. “*Molina*”, *Fallos: 335:146*).

Aun cuando la aplicación de las normas cuestionadas pudo haber traído aparejado a los afiliados un sacrificio de carácter patrimonial, ello por sí solo no es causa suficiente para invalidarlas, pues tal como se dijo, medió una situación de grave necesidad que hacía imprescindible la fijación de aportes con carácter extraordinario para poder continuar brindando todos los servicios y beneficios de los que actualmente gozan aquéllos.

19) Que, en síntesis, las normas impugnadas en el sub examine fueron dictadas por las autoridades competentes y aparecen como razonables y adecuadas a los fines que procuraban alcanzar y acordes con la crítica situación que debían conjurar, por lo que no cabe formular reparos respecto de su validez constitucional. Máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha

sostenido este Tribunal en numerosas ocasiones, la declaración de constitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 307:531; 312:72; 314:424; 324:920; 325:428; 327:831, entre muchos otros) y sólo viable si su irrazonabilidad es evidente, a lo que cabe agregar que el control que al respecto compete a la Corte Suprema no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por otros poderes en el ámbito de las facultades que le son privativas con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional (Fallos: 328:91).

20) Que sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, y de acuerdo con la conocida jurisprudencia de esta Corte que sostiene que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque estas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 322:1318; 324:1096 y 1878; 327:2476; entre muchos otros), no resulta posible soslayar que, como ya se lo señalara precedentemente, con posterioridad al año 2001 las retribuciones del personal en actividad del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional fueron incrementadas, por lo que, a la fecha, no subsiste el congelamiento ni la reducción de salarios que constituyó una de las razones que justificó el incremento de las cuotas a cargo de los afiliados. La particular situación relativa a la composición de las remuneraciones fue examinada por este Tribunal, en fecha reciente, al emitir pronunciamiento en las causas "Oriolo" (Fallos: 333:1909), "Salas" (Fallos: 334:275) y "Zanotti" (Fallos: 335:430), en los que se analizó la estructura del salario del personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, a los efectos de determinar la validez constitucional de los suplementos "particulares", "no remunerativos" y "no bonificables" creados por el decreto 2769/93 y modificados por los decretos 1104/05, 1246/05, 1095/06, 1126/06, 861/07, 871/07, 884/08, 1053/08, 751/09 y 752/09.

Entre otros aspectos, en esos fallos se destacó que

por vía de tales preceptos se dispusieron importantes incrementos salariales al personal militar que tan sólo en el período 2005-2008 totalizaron, de manera acumulada, un 140,48%. Asimismo, se sostuvo que el carácter general que presentan los suplementos desnaturalizaba la calificación de "particular" asignada en los decretos de creación y desconocía la arquitectura salarial prevista en la ley 19.101. Por ello, se dispuso que se los integrara (en los porcentajes correspondientes) en la base de cálculo para la determinación de los haberes.

La doctrina emanada de dichos pronunciamientos –reiterada en una importante cantidad de casos análogos que trataron ante esta Corte y ante las instancias anteriores– ha tenido una singular repercusión en la integración tanto de los sueldos de los activos como en los haberes de los pasivos del Ejército Argentino y de la Gendarmería Nacional, circunstancia que se ve reflejada con la entrada en vigencia del decreto 1305/2012 en el que se procedió a fijar el importe del haber mensual del personal militar de las Fuerzas Armadas de conformidad con las pautas establecidas en aquellos precedentes. Ello, a su vez, tendrá importantes consecuencias en los recursos que financiarán a la obra social, dado que sumas que antes se abonaban como "no remunerativas" y "no bonificables", ahora han pasado a de la base sobre la cual deberá calcularse el porcentaje correspondiente a la cuota del afiliado (conf. art. 24 del decreto 1478/97 y art. 1º del decreto 1305/2012).

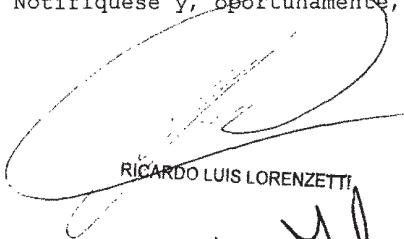
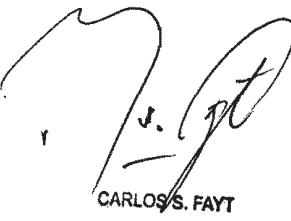
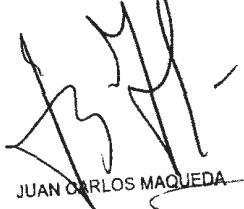
21) Que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar problemas como el que en autos se suscita, respecto de los recursos necesarios para asegurar la continuidad de los servicios y beneficios a cargo del Instituto de Obra Social del Ejército. Todo ello, sin perjuicio del ejercicio del control posterior destina-

do a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (Fallos: 308:1848; 329:3089, entre otros).

22) Que en las condiciones reseñadas y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde llevar a conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional las particulares circunstancias señaladas en el considerando 20 a los efectos de que evalúe si la modificación en la forma en que el personal del Ejercito Argentino y de la Gendarmería Nacional debería percibir sus remuneraciones, derivada de lo decidido en las citadas causas "Salas" y "Zanotti", habría puesto fin a la disfuncionalidad que, según la resolución JEMGE 016/01, constituyó una de las razones que determinaron el incremento de los aportes y si, en consecuencia, subsisten las razones de excepción que justificaron modificar los porcentajes oportunamente previstos.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional el contenido de la sentencia en función de lo expresado en el considerando 20.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones.


RICARDO LUIS LORENZETTI
CARLOS S. FAYT
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por Juan Enrique Brondino, Ramigio Julio Martínez y Rosa E. Cebola de Romero, representados por el Dr. Carlos Alfredo Bonnin.

Traslado contestado por el Estado Nacional, representado por el Dr. Miguel Andrés Ríos.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Paraná.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Concepción del Uruguay, Entre Ríos.

HOOFT, PEDRO CORNELIO FEDERICO
S/RECURSO DE CASACIÓN

NE BIS IN IDEM

Corresponde rechazar el argumento de la defensa referido a que el imputado ya había sido sometido a proceso con anterioridad por los mismos hechos que son objeto del actual y que en el mismo se había arribado a un “pronunciamiento absolvitorio” ya que para poder dar fundamento a un derecho basado en la prohibición de persecución penal múltiple es necesario -aunque no suficiente- que dicho proceso pueda ser apreciado él mismo, en sustancia, como un proceso penal y, sin embargo, aquél fue un procedimiento de enjuiciamiento de magistrados, es decir, la clase de procedimientos que las constituciones locales establecen para ventilar la pretensión de separar a un magistrado de su cargo pero que no establecen fueros especiales destinados a ejercer la acción penal común contra personas que ocupan posiciones privilegiadas.

-Del voto de la mayoría, no adhirió a estos argumentos el voto del juez Petracchi.-
-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

FALTA DE FUNDAMENTACION

Si la decisión recurrida está fundada en la interpretación de que el procedimiento anterior invocado por el imputado sólo tenía como causa petendi la separación del juez de su cargo y no su condena penal, por lo que sería incapaz de dar fundamento al principio de ne bis in idem que el actual proceso violaría y el apelante insiste en reiterar sus argumentos sin rebatir -ni tan siquiera mencionar- las razones por las que el a quo rechazó la existencia de la cuestión federal planteada, este déficit obsta a la procedencia formal del recurso, que debe ser desestimado.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

--I--

En el proceso penal que tramita ante el Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Mar del Plata y en el que está imputado Pedro C. Federico H., la defensa interpuso una excepción de cosa juzgada alegando que el señor H. ya había sido sometido a proceso con anterioridad (en 1993) por los mismos hechos que son objeto del actual y que en ese proceso de 1993, que trámító ante un jurado en aplicación de la ley provincial de enjuiciamiento de magistrados, se había arribado a un “pronunciamiento absolutorio”.

El juzgado rechazó la excepción planteada mediante una decisión que fue después confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata y, más tarde, también por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (fs. 182/188 vta.).

Contra esa última decisión, la defensa del señor H. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 209/228 vta.) que la Cámara de Casación concedió en los términos del artículo 14, inciso 1º, de la ley 48 (fs. 240 y vta.).

--II--

Los tres tribunales que entendieron en el planteo de la excepción interpuesta por la defensa del imputado H. coincidieron en que el primer proceso, aquel llevado ante el jurado de enjuiciamiento, no perseguía la imposición

de una pena, sino que se trataba de un juicio político dirigido sólo a remover al señor H _____ de su posición de magistrado de la provincia de Buenos Aires y que, además, el proceso en sentido estricto nunca había comenzado, pues el jurado de enjuiciamiento rechazó la acusación con la que se pretendía iniciar el procedimiento de remoción y decidió archivar las actuaciones “por no haber mérito suficiente para la formación de causa”. Sobre esa base los tres tribunales negaron que el actual proceso penal pudiera violar el derecho constitucional alegado a no ser perseguido penalmente más de una vez por un mismo hecho.

En su apelación extraordinaria, el recurrente insiste en que el proceso penal actual viola el derecho contra la persecución penal múltiple pues afirma, primero, que el jurado de enjuiciamiento ante el cual trámite el procedimiento de 1993 no sólo tenía la atribución propia del enjuiciamiento político, sino que también tenía facultades jurisdiccionales de naturaleza penal en virtud de lo dispuesto en el artículo 18, inciso f, de la ley provincial 8085. Y, segundo, arguye que la decisión tomada por el jurado de enjuiciamiento en aquella oportunidad es equivalente a un “pronunciamiento absolutorio” o un “sobreseimiento (definitivo y total)” sobre la base de una interpretación que ofrece de las leyes procesales provinciales a las que, sostiene, refiere el artículo 56 de la ley provincial de enjuiciamiento de magistrados.

–III–

De acuerdo con una asentada jurisprudencia de V.E., el hecho de que el recurso extraordinario se dirija contra una decisión, como el rechazo de una excepción, cuya consecuencia es la obligación de seguir sometido al proceso no es un obstáculo para su admisión cuando la impugnación se dirige, como aquí, a preservar el derecho constitucional contra la persecución penal múltiple (cf. Fallos: 314:377; 330:1350, entre muchos otros).

Sin embargo, observo que el escrito de fs. 209/228 vta. que contiene el recurso no satisface el requisito de adecuada fundamentación que exige el art. 15 de la ley 48 (Fallos: 310:1465, 312:587 y 331:563, entre muchos otros).

En efecto, para que el proceso de 1993 pueda dar fundamento a un derecho basado en la prohibición de persecución penal múltiple a no ser sometido al actual proceso penal es necesario –aunque no suficiente– que el proceso de 1993

pueda ser apreciado él mismo, en sustancia, como un proceso penal. Sin embargo, el precedente de 1993 fue un procedimiento de enjuiciamiento de magistrados, esto es de la clase de procedimientos que las constituciones locales establecen –en línea con el establecido con igual fin en la Constitución nacional para los magistrados nacionales– para ventilar en ellos la pretensión de separar a un magistrado de su cargo. Los procedimientos de esta clase no establecen fueros especiales destinados a ejercer la acción penal común contra personas que ocupan posiciones privilegiadas. Antes bien, ellos son mecanismos jurídicos previstos para evaluar la permanencia de un magistrado en su puesto y decidir, en su caso, su separación. Así lo he sostenido, por ejemplo, al dictaminar en el caso B. 2286; XLI, “Boggiano, Antonio s/recurso de queja” el 16 de marzo de 2006. Si bien en ese dictamen interpretaba el régimen que la Constitución nacional fija para la remoción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esos argumentos valen, en principio y *mutatis mutandis*, para cualquier otro régimen de remoción de magistrados.

El recurrente intenta disputar esa conclusión con dos argumentos. El primero de ellos obtuvo debida respuesta en las anteriores instancias judiciales sin que se hayan aportado en el recurso extraordinario nuevas consideraciones dirigidas a mostrar en dónde residiría el error en la respuesta judicial obtenida. En efecto, el recurrente afirma que el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados de la provincia de Buenos Aires se distingue en su especie porque la ley provincial que lo regula atribuye al jurado de enjuiciamiento jurisdicción para “declarar al acusado culpable o no culpable del hecho o hechos que se le imputen” y “remitir el proceso al juez competente en caso de haberse declarado la responsabilidad penal, debiendo el juez limitarse a apreciar las circunstancias atenuantes o agravantes y a imponer la pena correspondiente previa audiencia del acusado o de sus defensores” (art. 18, incs. b y c, ley provincial 8085).

Pero la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata respondió explícitamente a este argumento indicando que el régimen de enjuiciamiento de magistrados de la provincia de Buenos Aires regulado por la ley 8085 había sido modificado, mucho antes de 1993, por la ley provincial 10.186. De acuerdo con el

artículo 45 de la ley 8085, modificado por la ley provincial 10.186, vigente en 1993, “[s]i el veredicto [del jurado de enjuiciamiento] fuere condenatorio, no tendrá otro efecto que disponer la remoción del enjuiciado e inhabilitación para ocupar en adelante otro cargo judicial. Si la remoción se fundare en hechos que pudieran constituir delitos de acción pública, se dará intervención a la Justicia en lo Penal”. El tribunal interpretó, citando en su apoyo jurisprudencia y doctrina provinciales, que la regla introducida por la ley 10.186 ha derogado tácitamente la regla anterior en la medida en que ésta contradice a la más reciente (cf. expediente denominado “Incidente de excepción de cosa juzgada”, fs. 317 vta./318 vta.). A su vez, el tribunal de apelación y, después, la Cámara de Casación avalaron esa interpretación apoyándola en argumentos constitucionales basados tanto en la constitución provincial como en la nacional.

El segundo argumento planteado en el recurso pretende atribuir carácter penal al procedimiento ante el jurado de enjuiciamiento, en el sentido relevante para el principio *ne bis in idem*, sobre la base de que la destitución a la que apuntaba ese procedimiento habría “abierto el camino” a la aplicación correspondiente de sanciones penales. Por ello, al haber sido sometido a ese procedimiento de remoción, el imputado habría sido entonces sometido no sólo a la posibilidad de ser removido de su cargo de juez provincial, sino también a ser condenado penalmente –al riesgo, esto es, de que se le aplicara una pena en el proceso penal posterior que el procedimiento de remoción habría podido habilitar–.

Tal como está planteado, el argumento es erróneo. Se confunde abiertamente una condición necesaria para la condena penal (la remoción del cargo de juez) con una de sus consecuencias posibles (la condena penal). Ciertamente hay una relación entre los dos actos jurídicos –uno es condición necesaria del otro–, pero esa relación no es de identidad. Luego, el procedimiento cuyo fin o *causa petendi* era la remoción del juez de su cargo perseguía un acto jurídico distinto de la condena penal. Naturalmente, si ese procedimiento hubiera prosperado por los hechos imputados y terminado en la destitución que el denunciante pretendía, habría quedado de ese modo abierta la posibilidad de una persecución penal a través de un

proceso distinto dirigido a la obtención de un nuevo acto jurídico: la condena penal y la correspondiente imposición de una pena. Pero el hecho de que la persecución penal sea así una consecuencia eventual, o incluso deseada de la remoción, no le atribuye al procedimiento dirigido a lograrla el carácter de persecución penal en el sentido relevante para el principio *ne bis in idem*. El hecho obvio de que una conclusión opuesta llevaría al absurdo de prohibir todo proceso penal por los hechos por los que se removió a un funcionario de su cargo debería ser suficiente para notar el error en el argumento planteado.

La decisión recurrida está fundada, como lo he dicho más arriba, en la interpretación de que el procedimiento de 1993 sólo tenía como *causa petendi* la separación del juez de su cargo y no también su condena penal. Por esa razón, concluyó el *a quo*, ese procedimiento es incapaz de dar fundamento al derecho que, el recurrente alega, el actual proceso penal violaría. No obstante ello, el apelante insiste en reiterar sus argumentos sin rebatir –ni tan siquiera mencionar– las razones por las que el *a quo* rechazó la existencia de la cuestión federal planteada. Este déficit, de acuerdo a inveterada jurisprudencia del Tribunal, obsta a la procedencia formal del recurso.

–IV–

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar improcedente el recurso extraordinario.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2011.

ESTEBAN RIGHI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *9 de abril de 2013.*

Vistos los autos: "Hooft, Pedro C. Federico s/ recurso de casación".

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas. Hágase saber y devuélvase el principal.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

JUAN CARLOS MACIENDA

CARMEN M. ARGIBAY

CARLOS S. FAYT

Enrique S. Petracchi
refín mi nota

VO-/-

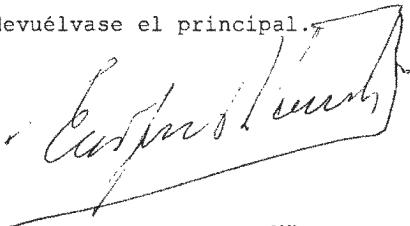
ENRIQUE S. PETRACCHI

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones vertidos en el punto III, último párrafo, del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Con costas. Hágase saber y devuélvase el principal.



ENRIQUE S. PETRACCHI

Recurso extraordinario interpuesto por **Pedro C. Federico Hooft**, con la defensa del Dr. **Héctor M. Granillo Fernández**.

Traslado contestado por el Dr. **Ricardo Gustavo Weschler**, Fiscal General.

Tribunal de origen: **Sala II, Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**.

ENTERTAINMENT DEPOT SA (TF 21988-I) c/DGI

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

El recaudo de demostrar el “valor disputado en último término” a los fines del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema presupone la existencia de un interés económico sustancial del erario público en el resultado de la causa, que no se verifica cuando no se persigue una sentencia de condena, de contenido patrimonial porque no se pretende el cobro de un tributo ni su devolución, sino el ajuste del resultado impositivo declarado por la empresa actora, parcialmente compensado con saldos a favor y con quebrantos resultantes de los períodos objeto de ajuste, y cuya consecuencia es la reducción del importe de los aludidos conceptos.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de abril de 2013.

Vistos los autos: “Entertainment Depot SA (TF 21988-I) c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 474/483 vta.), al desestimar el recurso deducido por la actora ante esa alzada, confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que, a su vez, mantuvo la resolución por la cual el organismo recaudador ajustó el resultado impositivo –ganancia y quebranto– de Entertainment Depot S.A. en el impuesto a las ganancias correspondiente a diversos períodos fiscales y, en consecuencia, redujo los saldos a favor del contribuyente correspondientes a los períodos fiscales cerrados en junio y diciembre de 1998, como así también los quebrantos correspondientes a los períodos cerrados en agosto de 1999, agosto de 2000 y agosto de 2001 (fs. 4/24; confr., asimismo, fs. 1256/1259 y 1304/1305 del cuerpo principal VII - Impuesto a las Ganancias de las actuaciones administrativas).

2º) Que contra tal sentencia, la actora dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 487/487 vta.), que fue concedido

mediante el auto de fs. 510. El memorial de agravios obra a fs. 516/532 y su contestación por la AFIP-DGI a fs. 538/551.

3º) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte, para la procedencia del recurso ordinario de apelación en tercera instancia en una causa en que la Nación, directa o indirectamente, revista el carácter de parte, resulta necesario -entre otros requisitos- que el "valor disputado en último término", o sea, aquél por el que se pretende la modificación de la condena o "monto del agravio", exceda el mínimo legal a la fecha de su interposición (Fallos: 245:46; 297:393; 323:1904, entre otros).

4º) Que a efectos de demostrar la concurrencia del mencionado recaudo, la representación de la actora afirmó que la sustancia económica del juicio está dada por el importe de \$ 13.228.946,44 que "versa sobre la determinación de la obligación tributaria de mi mandante en orden al Impuesto a las Ganancias" (confr. fs. 487).

5º) Que tal aseveración no es idónea para demostrar la concurrencia del mencionado requisito, pues en el acto administrativo impugnado no se intimó el pago de suma alguna. En efecto, y tal como lo puso de relieve el Tribunal Fiscal, "la pretensión fiscal se configura mediante la reducción de saldos a favor del contribuyente en \$ 169.428,33 a junio de 1998 y \$ 1.782.540,46 a diciembre de 1998; y reducciones de quebrantos de \$ 588.920,40 en diciembre de 1998, \$ 3.687.113,26 en agosto de 1999, \$ 5.927.110,75 en agosto de 2000 y \$ 2.794.301,49 en agosto de 2001" (conf. sentencia del Tribunal Fiscal, cons. 3.2., fs. 390).

6º) Que al respecto no debe perderse de vista que el mencionado recaudo presupone la existencia de un interés económico sustancial del erario público en el resultado de la causa, que no se verifica cuando, como en el caso, no se persigue una sentencia de condena, de contenido patrimonial. Ello es así, en tanto en el sub examine no se pretende el cobro de un tributo ni su devolución, sino el ajuste del resultado impositivo declarado

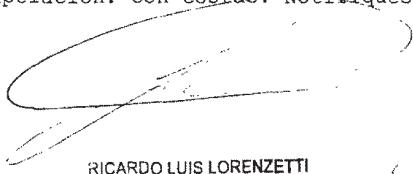
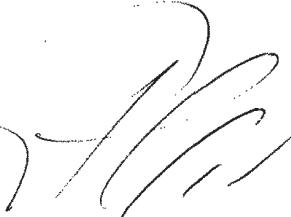
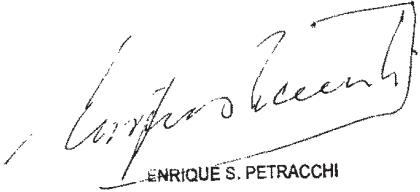
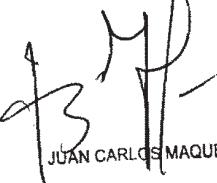
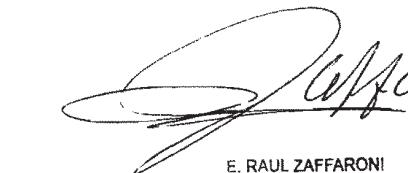
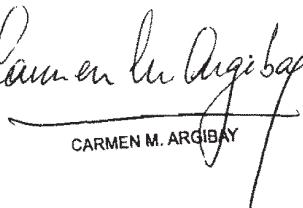
por la empresa actora, parcialmente compensado con saldos a favor y con quebrantos resultantes de los periodos objeto de ajuste, y cuya consecuencia es la reducción del importe de los aludidos conceptos, según lo señalado en el considerando 1º de esta sentencia.

7º) Que, en consecuencia, no corresponde considerar como sustancia económica del pleito a los referidos fines la suma en que se redujo el saldo favorable al contribuyente, ni la disminución de los quebrantos, ni el importe que surgiría del cálculo de la alicuota del tributo sobre el monto del ajuste —que resultó absorbido por los conceptos a los que se hizo referencia— pues “la existencia de ‘un valor disputado’ debe ser verificable en el caso concreto que corresponde decidir” (Fallos: 329:1397 entre otros; confr. asimismo doctrina de las causas D.440.XLVI “DGI en autos Swift Armour S.A. Arg. - TF 24.167-I” y S.327.XLVIII, “Swift Armour S.A. - TF 26459-I”, falladas el 10 de abril de 2012 y el 23 de octubre del mismo año, respectivamente).

8º) Que, por otra parte, y a mayor abundamiento, corresponde señalar que en el caso de autos no está en juego la conversión del quebranto en un crédito fiscal pagadero en bonos de la deuda pública, en los términos de los arts. 31 a 33 de la ley 24.073 —modif. por la ley 24.463— supuesto en el cual la Corte tuvo por comprobado el interés económico de la Nación, a los efectos de la procedencia del recurso ordinario de apelación, por el importe del aludido crédito (confr. causas B.620.XXXIII y B.471.XXXIII “Banco de Mendoza” y P.251.XXXV “Punta Alvear”, resoluciones del 28 de abril de 1998 y del 2 de diciembre de 1999, respectivamente, entre otras).

Por ello, se declara mal concedido el recurso ordinario de

apelación. Con costas. Notifíquese y devuélvase.


RICARDO LUIS LORENZETTI
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO
ENRIQUE S. PETRACCHI
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI
CARMEN M. ARCIBAY

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Entertainment Depot S.A.**, representada por el Dr. **Leonardo Javier Lew**, con el patrocinio letrado del Dr. **Germán Dario Baisburd**.

Traslado contestado por la **Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva**, representada por el Dr. **Marcelo Alejandro González Zendrón**, con el patrocinio letrado del Dr. **Walter Distel**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

GÓNGORA, GABRIEL ARNALDO S/CAUSA N° 14.092

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA

Corresponde revocar la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal) en una causa en que no se ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, ya que el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer impone considerar

que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente, lo que surge de considerar que el sentido del término juicio (“un juicio oportuno” según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificar la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA

La concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estado procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle, sin poder obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el “acceso efectivo” al proceso (art. 7, inc. f), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, cuestión que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA

La interpretación del a quo en el sentido de que la opinión del fiscal no tiene efecto vinculante y que en caso de concurrir las condiciones de admisibilidad previstas en la ley el juez deberá disponer la suspensión del juicio a prueba a pesar del dictamen de aquél en sentido contrario, no condice con la letra ni el espíritu del art. 76 bis del Código Penal, en cuyo trámite parlamentario se expresó que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor del beneficio, sino que se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el agente fiscal -sobre circunstancias distintas a aquellas condiciones previas- sin cuya aprobación no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

-Del dictamen de la Procuración General, al que el voto remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso deducido por la defensa de Gabriel Arnaldo G. y anuló el auto por el que el Tribunal Oral en lo Criminal nº 9 de la Capital Federal rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba a su favor

(fs. 2/10).

Para así decidir, el magistrado que presidió el acuerdo y cuyo voto conformó la opinión mayoritaria invocó la sentencia de esa sala en el caso “Soto García, José María y otros s/ recurso de casación” –del 12 de agosto de 2009–, en cuanto sostuvo que la oposición del fiscal a la suspensión del juicio no tiene efecto vinculante, y que en caso de concurrir las condiciones de admisibilidad previstas en la ley el juez deberá disponer la suspensión, a pesar del dictamen de aquél en sentido contrario (fs. 5).

Agregó que la oposición del fiscal sólo puede estar fundada en la ausencia de alguna de las exigencias que la ley establece para la concesión del beneficio, y que su dictamen se encuentra sujeto a un “segundo control del legalidad, lógicidad y fundamentación por parte del juez, quien debe examinar si se reúnen los presupuestos objetivos y subjetivos de la ley para denegar o conceder la suspensión, lo que no sucedería si arbitrariamente se permitiera la oposición por simples cuestiones de política criminal pero no vinculadas a los presupuestos de admisibilidad mencionados, ya que de homologarse esta postura se transgrediría elípticamente el artículo 16 de la Constitución Nacional, y a su vez, mediante tal proceder se privaría al imputado del derecho de defensa habida cuenta que los argumentos empleados para denegar la *probation* no pueden rebatirse, desde que la falta de asidero legal en su contenido frustra cualquier crítica” (fs. 5 vta.).

Por otra parte, dijo que el fiscal no demostró la improcedencia de una eventual condena de ejecución condicional con base en las características del hecho atribuido y en las condiciones personales del imputado, ni brindó argumentos que permitan sostener que la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en este caso resultaría incompatible con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por la ley 24.632 –cuya aplicación a los hechos del caso no fue puesta en cuestión por el *a quo*–.

En ese sentido, expresó que el único fin legítimo de la pena de prisión es la resocialización del sujeto, y que por lo tanto en aquella se encuentra justificado el ejercicio del poder punitivo estatal. Agregó que

en los casos en que la conducta reprochada se vincule con el despliegue de violencia de género contra la mujer, la resocialización inevitablemente deberá orientarse a remover aquellos patrones socio-culturales que pudieron haber dado génesis a un comportamiento de ese tipo. Y refirió que el representante del Ministerio Público Fiscal no demostró que exista algún obstáculo para alcanzar ese objetivo por medio de una solución alternativa que evite el efecto estigmatizador que acarrea una condena –inclusive la de ejecución condicional– y atienda, al mismo tiempo, a la pretensión reparadora de la víctima.

Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal dedujo recurso extraordinario federal (fs. 12/22), en el que alegó la existencia de cuestión federal originada con motivo de la controversia acerca de la interpretación de la citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y si obsta la suspensión del juicio a prueba en el presente caso.

En ese sentido, con cita de diversos precedentes de otra sala de esa cámara, refirió que las conductas como las aquí imputadas constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer y se encuentran comprendidos en los términos de los artículos 1º y 2º de aquel instrumento internacional, y sostuvo que la suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que asumió el Estado, al aprobar esa convención, de adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique la propiedad; y tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia

-entre otras obligaciones-.

Por otro lado, alegó la arbitrariedad de la interpretación y aplicación que el *a quo* hizo del artículo 76 bis del Código Penal.

Al respecto, dijo que ese ordenamiento sustantivo establece con claridad que el consentimiento del fiscal constituye un requisito para la suspensión de la realización del juicio, y el *a quo* no sostuvo la inconstitucionalidad de aquella norma.

Agregó que en el fallo que dictó la Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno, en los autos "Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación", se estableció que "la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio", y que ese criterio no fue modificado por el pronunciamiento de la Corte publicado en Fallos: 331:858, por lo que el *a quo* debió ajustar su decisión a aquél, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 24.050.

Refirió que, mediante el criterio objetado, dicho tribunal se arrojó funciones que no le corresponden, desde que la suspensión del juicio a prueba implica la suspensión del curso de la acción penal y puede además llevar -satisfechas ciertas condiciones- a su extinción.

Indicó, en ese sentido, que la promoción y ejercicio de la acción penal corresponden exclusivamente al Ministerio Público Fiscal, de acuerdo con los artículos 116 y 120 de la Constitución Nacional, el artículo 71 del Código Penal, los artículos 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación, y el artículo 29 de la ley 24.946 -Ley Orgánica del Ministerio Público-. Y dijo que, teniendo en cuenta tales principios, el legislador estableció como requisito necesario la conformidad del Ministerio Público Fiscal, facultándolo a seleccionar, con base en razones de política criminal, las conductas que pueden no ser sometidas a juicio.

En ese aspecto, agregó que el dictamen fiscal cuenta con la debida fundamentación, con base, por un lado, en razones de política criminal, vinculadas con la necesidad de analizar en profundidad, en un debate oral y público, el concreto alcance de los hechos atribuidos, y a partir de allí determinar cuál es el modo de cumplimiento que correspondería establecer para la eventual pena; y por el otro, en las obligaciones que el Estado asumió al aprobar la citada Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la responsabilidad en que podría incurrir con motivo de su incumplimiento.

El rechazo de esa apelación extraordinaria dio lugar a la articulación de esta queja (fs. 25/28).

II

A los fundamentos desarrollados por el magistrado apelante, a los que me remito y doy aquí por reproducidos en beneficio de la brevedad, estimo conveniente agregar algunas consideraciones sobre la arbitrariedad en que, a mi modo de ver, ha incurrido la Cámara Nacional de Casación Penal al rechazar el recurso ante V. E., pues no sólo se trata de un aspecto conducente para juzgar acerca de su viabilidad (Fallos: 299:268; 310:572; 314:629), sino que en su consecuencia se ha impedido el examen en esa instancia de la cuestión de fondo planteada, de indudable carácter federal.

En ese sentido, aprecio que en el escrito de la apelación extraordinaria se expuso de manera clara y suficiente la cuestión constitucional implícita en la aplicación que el *a quo* hizo de los preceptos legales que regulan la suspensión del proceso penal a prueba, dejando en claro que no se trata de una mera discrepancia acerca de la interpretación de normas de derecho común.

En efecto, como punto de partida el recurrente destacó que el texto del artículo 76 bis del Código Penal prevé que "si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio".

Tiene dicho la Corte 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).

A mi modo de ver, el texto del artículo 76 bis del Código Penal es claro en cuanto prevé el consentimiento del fiscal como requisito para la concesión del beneficio en examen, lo que invalida cualquier

interpretación alternativa que se aparte de él.

Cabe agregar, sin perjuicio de que su claridad no da lugar a dudas que esa fue la intención del legislador, a tenor de las expresiones vertidas en ambas cámaras del Congreso durante el tratamiento parlamentario de la norma.

En ese sentido, el Diputado Víctor H. Sodero Nievas, vicepresidente de la Comisión de Legislación Penal de ese cuerpo, sostuvo: "También nos pareció esencial establecer que para que fuera procedente [la suspensión del juicio a prueba] hubiera conformidad del agente fiscal. Significa esto que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor de este beneficio. Se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el agente fiscal, sin cuya aprobación no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio" (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 8va. reunión, continuación de la 1ra. sesión ordinaria, junio 16 de 1993, Inserción solicitada por el señor Diputado Sodero Nievas, página 1448).

Esos términos fueron reproducidos en la cámara alta por el Senador Augusto Alasino, miembro informante de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, en cuanto aconsejó a ese cuerpo la aprobación del proyecto de ley tal como había sido sancionado por la Cámara de Diputados, y expresó que "...el juez deberá también recurrir al consentimiento del fiscal, dado que la negativa de este último enerva la posibilidad de aplicar este instituto" (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 2da. reunión, 1ra. sesión ordinaria, 4 de mayo de 1994, páginas 382 y 384).

El proyecto que en definitiva se convirtió en ley, elaborado por la citada Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, se diferenció nítidamente en este aspecto del que presentó el Poder Ejecutivo, en el que se establecía que el tribunal podía disponer la suspensión del juicio a prueba "previo dictamen fiscal" (Diario de Sesiones, citado, página 1311). La cámara baja enmendó esa disposición, incorporando a su proyecto el requisito del consentimiento del fiscal.

Sin embargo, en el pronunciamiento apelado se expresó, sin la mínima fundamentación, que el instituto de la suspensión del juicio a prueba consiste en una solución alternativa al ejercicio de la pretensión

punitiva estatal, en los casos en que resulte aconsejable según la política criminal delineada por el legislador (fs. 6 vta, último párrafo).

A partir de tal inteligencia, el *a quo* sostuvo que la opinión del fiscal no tiene efecto vinculante, y que en caso de concurrir las condiciones de admisibilidad previstas en la ley el juez deberá disponer la suspensión, a pesar del dictamen de aquél en sentido contrario. Por consiguiente, caracterizó la intervención del Ministerio Público Fiscal como un mero control sobre la presencia de los requisitos legales, de los que excluyó a su consentimiento, el que resultaría entonces superfluo frente al que denominó como segundo control -sobre los mismos elementos o circunstancias- por parte del órgano jurisdiccional.

Esa interpretación, a mi modo de ver, no condice con la letra ni el espíritu de la disposición legal en examen, en cuyo trámite parlamentario -cabe recordar- se expresó que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor de este beneficio, sino que se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el agente fiscal -sobre circunstancias distintas a aquellas condiciones previas, cabe entender- sin cuya aprobación no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio (ver antecedentes citados *supra*).

Es que, según lo aprecio, el Congreso no es el único poder ni el único organismo del Estado con facultades en materia de política criminal y, a mi modo de ver, en la disposición en examen los legisladores han efectuado una clara remisión a las que posee el Ministerio Público Fiscal, vinculadas con su función de promover y ejercer la acción pública en

En tales condiciones, estimo que aquella exégesis tampoco se ajustó al criterio de la Corte según el cual la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan (*Fallos*: 329:2876 y 330:4454, entre otros), regla que impone no sólo armonizar sus preceptos, sino también conectarlos con las demás normas que integran el orden jurídico, del modo que mejor concuerden con su objetivo y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos*: 258:75; 329:2890; 330:4713 y 4936).

En ese sentido aprecio, conforme lo explicó el Fiscal General recurrente, que el pronunciamiento desatendió la misión del

Ministerio Público, que es la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (artículo 120 de la Constitución Nacional), y su función, en ese marco, de promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales (artículo 25, inciso "c" de la ley 24.946), en las que la persecución penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley (artículo 29 de la ley 24.946).

No advierto, en efecto, que el pronunciamiento haya conjugado de manera armónica las normas en cuestión, ni explicado, con base en el análisis de aquéllas en conjunto, por qué razón cabría entender que por medio de la sanción del artículo 76 bis del Código Penal se pretendió limitar, con tal alcance, las facultades del Ministerio Público Fiscal, lo que resultaba de especial significación teniendo en cuenta que, como se indicó *supra*, además del texto legal, los antecedentes parlamentarios llevan a una conclusión opuesta.

III

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, considero también que el pronunciamiento apelado se apoyó en meras afirmaciones dogmáticas, que no encuentran más apoyo que la propia voluntad de los jueces y carecen, por ello, de justificación suficiente.

En ese sentido, el pronunciamiento asume, sin más, que la oposición del fiscal a la suspensión del juicio basada en razones de política criminal –como la que atendió, en el *sub lite*, a especiales características de determinados actos de violencia contra la mujer y a las obligaciones asumidas por el Estado en relación a esos hechos– “transgrediría elípticamente el art. 16 de la C.N.” (fs. 5 vta., primer párrafo).

No aprecio en el fallo algún análisis o argumento en sustento de esa afirmación, lo que resultaba de especial significación teniendo en cuenta que, conforme tiene dicho la Corte, la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 312:826 y 851), por lo que no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas,

aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 310:1080; 311:1451).

Por ende, el pronunciamiento tampoco explicó por qué habría que entender que resulta irrazonable la diferenciación postulada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el *sub examine*.

Además, estimo que el *a quo* incurrió en un error al expresar que se priva al imputado del derecho de defensa porque los argumentos empleados para denegar la suspensión del juicio no pueden rebatirse, desde que la falta de asidero legal en su contenido frustra cualquier crítica.

A mi modo de ver, ello ocurrió por haber valorado una hipotética situación, diferente a la que se suscitó en el *sub lite*, la que por el contrario constituye una prueba cabal de aquel yerro, desde que en el presente caso el fiscal no recurrió a una mera fórmula verbal sin contenido, sino que sustentó su opinión en los compromisos internacionales que asumió el Estado Argentino en relación a las conductas objeto de imputación, por considerarlas comprendidas en los términos de los artículos 1º y 2º de la citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Y la defensa del imputado cuestionó esos argumentos, al igual que el *a quo*, aunque, como se analizará más adelante, no demostraron que la explicación del fiscal fuese irrazonable o arbitraria, la que entonces mantiene su validez y brinda debida fundamentación a su dictamen.

IV

También resulta descalificable el pronunciamiento, a mi modo de ver, por cuanto considero que la remisión que se hizo al criterio de esa sala en el citado caso "Soto García", significó el apartamiento de la doctrina establecida -en relación a la cuestión que aquí interesa- por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario n° 5 (del 17 de agosto de 1999), según la cual "La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio".

De esa manera, se contravino el artículo 10 de la ley 24.050 -cuya constitucionalidad no puso en cuestión-, en cuanto dispone

que “la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámaras de Apelaciones y para todo otro órgano jurisdiccional que dependa de ella, sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal. La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria”.

No pierdo de vista que la Corte ha dicho –respecto de pronunciamientos que versaron sobre otras ramas del derecho– que el apartamiento de lo dispuesto por jurisprudencia plenaria es cuestión ajena al recurso extraordinario (*Fallos*: 264:13 y 21; 271:116). Sin embargo, el Tribunal también expresó que cabe hacer excepción a esa regla cuando la sentencia no exhiba fundamentos acordes con la índole y complejidad de las cuestiones debatidas (*Fallos*: 312:482; 313:924; 314:405).

En mi opinión, eso es lo que ocurrió en el pronunciamiento apelado, pues allí nada se dijo de manera expresa sobre este punto y tácitamente se remitió al citado precedente “Soto García”, en el que se alegó la necesidad de efectuar un nuevo examen de la doctrina establecida en el plenario “Kosuta” con base en meras afirmaciones dogmáticas.

En ese sentido, cabe señalar que en aquel precedente se invocó al efecto “la evolución del pensamiento jurídico en la materia” y “la valoración actualizada de los principios y valores en juego”, sin siquiera indicar mínimamente en qué habría consistido esa evolución del pensamiento jurídico que habría tenido lugar en la década posterior al plenario, ni la diferente valoración de aquellos principios y valores.

También se expresó que “la resolución de conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas -sociales, económicas y políticas- cada vez más entrelazadas y complicadas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y la sociedad integrándose a esta evolución de manera armónica y creativa. Así debe considerarse que la alternativa procesal en estudio, procura el alcance de los principios superiores que postulan un derecho penal de *última ratio* y mínimamente intenso en pos de la resocialización, específicamente en el caso de delincuentes primarios que hayan cometido delitos leves, en tanto

permitan el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al artículo 26 del C.P.”.

Sin embargo, aquel precedente (“Soto García”) no cuenta con una mínima explicación que sustente tales afirmaciones acerca de la creciente complejidad de los conflictos, el mayor entrelazamiento y complicación de las relaciones humanas, y los valores y nuevas necesidades del individuo y la sociedad, supuestamente ausentes al momento de dictarse el plenario “Kosuta”. Por lo demás, se pasó por alto que los principios que postulan la mínima intervención del derecho penal no fueron ajenos al análisis desarrollado en aquel pronunciamiento en pleno de esa cámara.

Estimo que dicho apartamiento tampoco encuentra debido sustento en la finalidad, alegada en el precedente “Soto García”, de “conjugar la necesidad de adecuar la vigencia del principio *pro homine* que implica privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.

Así lo considero porque, además del impreciso significado de esa frase, advierto que ni siquiera se expuso en qué habría consistido el supuesto cambio -posterior al plenario “Kosuta”- que imponía la necesidad de adecuar la vigencia del principio.

En definitiva, no advierto circunstancia sobreviniente o argumentos que hubieran sido omitidos al dictarse el plenario “Kosuta”, acordes con la índole y complejidad de la cuestión debatida y que justificasen un nuevo examen.

Sin perjuicio de ello, estimo pertinente mencionar que, en mi opinión, aquel pronunciamiento tampoco se atuvió al principio *pro homine*, el que obliga a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 329:3265; 331:858, considerando 6º; sentencia de 13 de marzo de 2012 en los autos F. 259. XLVI, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, considerando 17º), pues la exégesis de la ley no puede pasar por alto el límite que representan las palabras que empleó el legislador.

En efecto, tiene dicho la Corte “que es función legítima de los jueces, en el ejercicio de su jurisdicción, declarar el derecho vigente, a cuyos términos ha de ajustarse la decisión del caso sometido a su fallo,

pero se ha hecho reserva de que tal facultad ha de cumplirse sin arbitrariedad, como condición necesaria para que no exista invasión de atribuciones reservadas a otros poderes" (*Fallos*: 234:82); y que "por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de la separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no autoriza a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacuerdo" (*Fallos*: 258:17; 329:1586).

En el *sub examine*, como fue explicado *supra*, los términos de la ley son claros, y la interpretación que se postuló, a mi modo de ver, superó ese límite.

V

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, considero que el pronunciamiento apelado tampoco demostró que la opinión del fiscal en el *sub lite* fuese irrazonable o arbitraria.

Así lo pienso desde que aprecio que el *a quo* se limitó a sostener que ni el agente fiscal ni el tribunal oral demostraron que las reglas de conducta que pudieran imponerse con fines de resocialización durante la suspensión del juicio a prueba resultaren contrarias o incompatibles con el objetivo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

A mi modo de ver, incurrió así en el error de referirse al tema de la suspensión del juicio a prueba desde un enfoque centrado exclusivamente en la finalidad de resocialización de la pena, lo que es rechazado por la propia ley, en la que se niega la aplicación del instituto en determinados supuestos, por razones diferentes –por ejemplo, cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito; art. 76 bis, séptimo párrafo, del Código Penal–.

De esa manera, pasó por alto que en la cuestión también inciden, de modo determinante, otros fines que informan la potestad punitiva estatal, a cuya luz puede ser comprendida cabalmente la invocación

que hizo el fiscal de la citada convención internacional, cuya aprobación por parte del Estado Argentino, en definitiva, constituyó la expresión de su especial preocupación por hechos de esa entidad, y de su particular interés por constatar el alcance de tales conductas y determinar la responsabilidad de sus autores –sean cuales fueren las condiciones de la sanción que, eventualmente, quepa aplicar–, para evitar que la impunidad fomente la repetición de esa clase de hechos.

Estimo, por consiguiente, que el dictamen del fiscal acerca de la suspensión del juicio a prueba contó con fundamentos suficientes a partir de dichas razones de política criminal que, aunque no fueran compartidas por el *a quo*, lo pusieron a salvo del control del que pudo haber sido objeto, y lo colocaron así como un límite infranqueable a la concesión de aquel beneficio.

VI

Por lo expuesto, y los demás fundamentos del Fiscal General, mantengo esta queja.

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2012.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de abril de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1) En primer término, con respecto a la admisibilidad formal del recurso de hecho interpuesto, corresponde ejercer

la excepción contenida en el artículo 11 del Reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

2) Los fundamentos de la resolución del a quo y los agravios que sustentan el recurso extraordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, han sido correctamente reseñados en el apartado I del dictamen del señor Procurador General y a su lectura corresponde remitir por razones de brevedad.

3) El recurso es formalmente procedente en cuanto pone en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional (artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) y lo resuelto por el superior tribunal de la causa es contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

No altera a esta conclusión el vínculo que construye el impugnante entre la cuestión estrictamente federal que plantea (la crítica a la exégesis que de las cláusulas del citado tratado realizaron los jueces) y otros argumentos que esgrime sustentados en una norma de derecho común, basados en el alcance que debe acordarse al consentimiento del fiscal en el marco del párrafo cuarto del artículo 76 bis del Código Penal. En este sentido, el agravio definido en el párrafo anterior ha sido correctamente introducido y desarrollado por el fiscal recurrente (cfr. punto IV, párrafo primero, del recurso agregado a fs. 230/245) y esos fundamentos han sido mantenidos en todos sus términos por el señor Procurador en su dictamen (cfr. punto II, primer párrafo, del dictamen obrante a fs. 31/38 vta.).

Por otra parte, el planteo en cuestión no podría ser reeditado por el Ministerio Público Fiscal en etapas ulteriores del proceso, pues de acuerdo a los fundamentos y al sentido de la decisión de la cámara de casación que viene impugnando, su posibilidad de oponerse a la interpretación que allí se asigna a las normas del tratado se agota en esta oportunidad.

4) Ingresando al fondo del asunto, en tanto el debate se centra en el alcance del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley 24.632), es conveniente recordar, inicialmente, que el mismo prescribe –en lo que aquí resulta pertinente– lo siguiente:

"Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer

[...]

f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

5) En primer lugar, debe dejarse en claro que el a quo no ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, en los términos del artículo primero del citado instrumento ("Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"). De esa forma, mantuvo la pretensión sobre la que el fiscal que participó en la audiencia exigida por el artículo 293 del Código Procesal Penal de la Nación fundamentó su oposición a la concesión de la suspensión del juicio a prueba en esta causa.

Teniendo en cuenta que, sobre esa base, el recurrente cuestiona únicamente la posibilidad de otorgar el referido beneficio legal a hechos como los que son objeto del sub lite, el

punto vinculado a su subsunción en el texto convencional no será discutido en esta instancia.

6) Para la cámara de casación, la obligación de sancionar aquellos ilícitos que revelen la existencia de violencia especialmente dirigida contra la mujer en razón de su condición, que en virtud de la "Convención de Belem do Pará" ha asumido el Estado Argentino (cfr. artículo 7, inciso primero de ese texto legal), no impide a los jueces la posibilidad de conceder al imputado de haberlos cometido la suspensión del juicio a prueba prevista en el artículo 76 bis del Código Penal.

Si examinamos las condiciones en las que se encuentra regulado ese beneficio en la ley de fondo resulta que, de verificarse las condiciones objetivas y subjetivas previstas para su viabilidad, la principal consecuencia de su concesión es la de suspender la realización del debate. Posteriormente, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollarlo se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto (cfr. artículo 76 bis y artículo 76 ter. del citado ordenamiento).

7) Teniendo en cuenta la prerrogativa que el derecho interno concede a los jueces respecto de la posibilidad de prescindir de la realización del debate, la decisión de la casación desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"). Esto resulta así pues, conforme a la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aisla-

da del resto de los deberes particulares asignados a los estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la "Convención de Belem do Pará", a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo).

En sentido contrario, esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso "f", del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente.

Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal (así, cf. Libro Tercero, Titulo I del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificar la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.

Particularmente, en lo que a esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle.

En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.

De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados.

En este sentido, entonces, la decisión recurrida debe ser dejada sin efecto.

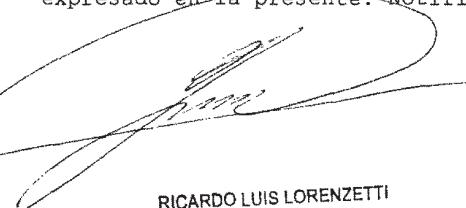
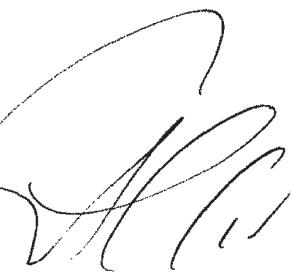
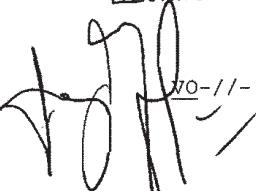
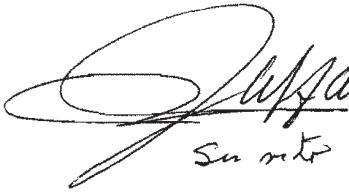
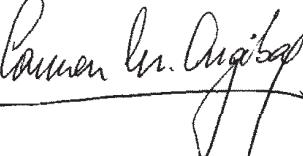
8) Amén de lo expresado, cabe además descartar el argumento esgrimido por el a quo y sostenido, antes, por la defensa al presentar el recurso de casación, mediante el que se pretende asignar al ofrecimiento de reparación del daño que exige la regulación de la suspensión del juicio a prueba (cfr. artículo 76 bis, párrafo tercero, del C.P.), la función de garantizar el cumplimiento de lo estipulado en el artículo 7, apartado "g", del instrumento internacional al que se viene haciendo mención.

Contrariando esa posición, es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre ese instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término, referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, "a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de

compensación justos y eficaces". Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones es una exigencia autónoma, y no alternativa –tal como la interpreta la cámara de casación–, respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso "f" de ese mismo artículo, tal como se lo ha examinado en el punto anterior.

9) Con fundamento en lo hasta aquí expuesto corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la resolución apelada.

-/- Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Agréguese al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en la presente. Notifíquese y remítase.

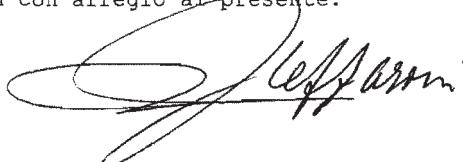

RICARDO LUIS LORENZETTI
CARLOS S. FAYT
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI
CARMEN M. ARGIBAY

-//-/TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el Tribunal comparte, en lo pertinente, los fundamentos expuestos por el señor Procurador Fiscal en el dictamen que antecede, a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Agréguese al principal. Notifíquese y devuélvanse los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponde, se dicte una nueva resolución con arreglo al presente.



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por Raúl Omar Plée, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal de origen: Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal n° 9.

IBM ARGENTINA C/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO
DE ECONOMIA OBR. Y SERV. PUB.) S/ORDINARIO

PESIFICACION

Corresponde declarar admisible el recurso ordinario de apelación y confirmar la sentencia que reguló los honorarios de letrados y peritos si los cálculos realizados por la recurrente suponen que la pesificación implica que las deudas en dólares deben ser convertidas a la misma suma exacta en pesos, lo que contradice abiertamente la letra de las leyes 25.561, 25.820 y del decreto 214/02, que disponen que las deudas expresadas en dólares se convertirán a razón de un dólar un peso pero, a ello, se le adicionará el coeficiente de estabilidad de referencia (CER) y ese punto fue decidido en la sentencia que dispuso que lo adeudado por el Estado Nacional

a IBM Argentina S.A. debía ser pesificado de conformidad con la ley 25.820 y la decisión quedó firme en este aspecto.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de abril de 2013.

Vistos los autos: "IBM Argentina c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía, Obr. y Serv. Pùb.) s/ ordinario".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que reguló los honorarios de letrados y peritos por su intervención en la causa de referencia, el Estado Nacional interpuso simultáneamente recurso extraordinario federal y recurso ordinario de apelación.

Mediante el auto de fs. 1602/1603 vta. el a quo desestimó el remedio federal, lo que originó la queja I.110.XLVI, y concedió el recurso ordinario. A fs. 1622/1631 vta. la demandada presentó su memorial, y éste fue contestado por el perito Castillo y por la Dra. Premrou a fs. 1641/1642 vta. y 1643/1651, respectivamente.

2º) Que el recurso ordinario de apelación resulta formalmente admisible toda vez que se trata de una sentencia definitiva en un pleito en el que el Estado Nacional es parte y el valor disputado en último término, consistente en la diferencia entre el monto de los honorarios regulados y los que, a juicio de las recurrentes corresponden, supera el mínimo establecido en el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

Tal conclusión, por otra parte, determina la improcedencia formal del recurso extraordinario interpuesto en virtud de la mayor amplitud de la jurisdicción ordinaria de este Tribunal (doctrina de Fallos: 306:1409 y 318:1593), por lo que corresponde desestimar el recurso de hecho I.110.XLVI.

3º) Que, en cuanto al fondo del asunto, la apelante alega que la regulación de honorarios que impugna resulta viola-

toria del artículo 8º de la ley 24.432, que estipula que la responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales, no excederá del 25% del monto de la sentencia.

Explica que la condena era de 1.854.485,82 dólares pero considera que, como la deuda fue pesificada en los términos de las leyes 25.561, 25.820 y del decreto 214/02, ese monto debe expresarse en pesos. Sobre esa base, concluye que la base regulatoria es de 1.854.485,82 pesos y que el monto total de los honorarios fijados constituye el 94,17% del capital de condena, por lo que considera que excede el porcentaje máximo permitido por la ley.

4º) Que los agravios de la apelante son manifiestamente inadmisibles porque parten de una premisa errónea respecto al monto de la base regulatoria.

Los cálculos realizados por la recurrente suponen que la pesificación implica que las deudas en dólares deben ser convertidas a la misma suma exacta en pesos. Este argumento no resiste el menor análisis. Por un lado, porque contradice abiertamente la letra de las leyes 25.561, 25.820 y del decreto 214/02, que disponen que las deudas expresadas en dólares se convertirán a razón de un dólar un peso pero, a ello, se le adicionará el coeficiente de estabilización de referencia (CER). Por otra parte, porque este punto fue decidido en la sentencia de fs. 1090/1096, que dispuso que lo adeudado por el Estado Nacional a IBM Argentina S.A. debía ser pesificado de conformidad con la ley 25.820, y la decisión quedó firme en este aspecto.

A partir de lo expuesto, y teniendo en cuenta que la base regulatoria no es la que la apelante pretende, no se ha demostrado que la regulación total de honorarios ascienda al 94,17% del monto de la condena ni tampoco que se haya vulnerado el art. 8º de la ley 24.432.

Por ello, se resuelve: I) declarar admisible el recurso ordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y II) desestimar la queja. Dase por perdido el depósito de fs. 51. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y

archivese la queja.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso ordinario interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), demandado en autos, representado por la Dra. Liliana Graciela Natali, en calidad de mandataria, con el patrocinio letrado de los Dres. Miriam Mabel González y Mariano Jorge Rojas.

Trasladado contestado por el Licenciado en Criminalística Nelson O. Castillo, por su propio derecho, con el patrocinio letrado del Dr. Guillermo Serra; y por la Dra. María Mercedes Premrou, por su propio derecho, letrada en causa propia.

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), demandado en autos, representado por la Dra. Liliana Graciela Natali, en calidad de mandataria, con el patrocinio letrado del Dr. Mariano Jorge Rojas.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 4.

ROSA, DOLORES ESTRELLA C/ EN - Mº ECONOMIA - DTO138/01
(BONOS EXTERNOS) S/AMPARO LEY 16986

BONOS EXTERNOS

Cabe revocar la sentencia que dispuso que el Estado Nacional debía reanudar el

pago de la renta y amortización de los Bonos Externos Globales de titularidad de la accionante, en los términos y la moneda previstos en el decreto 471/02, en tanto consideró que la actora se encontraba exceptuada del diferimiento de pago de la deuda pública, según lo dispuesto en el artículo 60, inc. d, de la ley 25.827, pues si bien la actora aceptó que se le abonen los Bonos Externos Globales de su propiedad en los términos del citado decreto, el mismo no resulta aplicable a los referidos bonos, pues aquél se refiere únicamente a aquéllos cuya ley aplicable sea solamente la ley argentina (art. 1º), y tal supuesto no es el del caso en tanto los títulos de la accionante se rigen por las leyes del Estado de New York.

BONOS EXTERNOS

Cabe revocar la sentencia que dispuso que el Estado Nacional debía reanudar el pago de la renta y amortización de los Bonos Externos Globales de titularidad de la accionante, en los términos y la moneda previstos en el decreto 471/02, en tanto consideró que la actora se encontraba exceptuada del diferimiento de pago de la deuda pública, pues sin perjuicio de la distinta legislación por la que se rigen los bonos sobre los que versa el reclamo, resulta pertinente remitirse al criterio establecido por el Tribunal en el precedente "Galli" (Fallos: 328:690), pues una adecuada inteligencia de dicho pronunciamiento permite afirmar que la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago -dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentino-sino que estableció una doctrina de amplios alcances -con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente "Brunicardi" (Fallos: 319:2886)- en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de abril de 2013.

Vistos los autos: "Rosa, Dolores Estrella c/ EN - M° Economía - dto. 138/01 (Bonos Externos) s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto dispuso que el Estado Nacional debía reanudar el pago de la renta y amortización de los Bonos Externos Globales de titularidad de la accionante, en los

términos y la moneda previstos en el decreto 471/02, en tanto consideró que la actora se encontraba exceptuada del diferimiento de pago de la deuda pública, según lo dispuesto en el artículo 60, inc. d, de la ley 25.827 (fs. 404/406 vta. y 443/448 vta.).

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal a quo destacó que el decreto 1310/2004 dispuso que la expresión "Bonos Externos de la República Argentina", a la que hace referencia el artículo 60, inc. d, de la ley 25.827, se limita exclusivamente a los "Bonos Externos (Bonex)" y señaló que tal restricción tiene fundamento en que, en virtud de la cláusula *pari passu* que contienen las emisiones de deuda sujetas a extraña jurisdicción, el Estado Nacional se encuentra impedido de ofrecer un mejor tratamiento —a las personas comprendidas en las excepciones— sin hacerlo extensivo a la totalidad de los tenedores de una misma clase.

Sin embargo, estimó que dadas las particularidades del caso sub examine —en el que la actora, persona de avanzada edad y con problemas de salud, se sometió voluntariamente a la jurisdicción de los tribunales argentinos y aceptó percibir los servicios de los títulos de su propiedad en los términos del decreto 471/02— no existe necesidad de declarar la inconstitucionalidad del decreto 1310/2004 —como lo había hecho la jueza de la anterior instancia— en tanto, a juicio de la cámara, la situación de la actora no difiere de la de cualquier titular de "Bonos Externos (Bonex)" sujeto a la jurisdicción nacional y que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 60, inc. d, de la ley 25.827 para ser exceptuado del diferimiento.

A mayor abundamiento, agregó, de modo subsidiario, que esa sala compartía los argumentos expuestos por la jueza de primera instancia en su sentencia, que motivaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1310/2004, los cuales entendió que no habían sido suficientemente rebatidos por la demandada.

3º) Que contra tal sentencia, el Estado Nacional dedujo recurso ordinario de apelación ante esta Corte (fs. 452/457), que fue concedido a fs. 480, y es formalmente admisible pues se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en la que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, excede el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a del decreto-ley 1285/58 –modificado por la ley 21.708– y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 511/527 y su contestación por la actora a fs. 532/537 vta.

4º) Que, en primer término, cabe señalar que si bien la actora aceptó que se le abonen los Bonos Externos Globales 11,375 % de su propiedad en los términos del decreto 471/02, lo cierto es que tal decreto no resulta aplicable a los referidos bonos, pues aquél se refiere únicamente a aquéllos “cuya ley aplicable sea solamente la ley argentina” (art. 1º), y tal supuesto no es el de autos en tanto –según la documentación presentada por la accionante– sus títulos se rigen por las leyes del Estado de Nueva York (confr. fs. 75).

5º) Que al respecto esta Corte ha afirmado en reiterados precedentes –en los que los titulares de los bonos también se sometieron a la jurisdicción argentina– que en relación a los bonos regidos por la legislación extranjera no están contempladas situaciones de excepción a su diferimiento (conf. causas G.1163.XLIV “Guibelalde, Horacio c/ PEN Ley 25.561 dtos. 1570/01 214/02 s/ amparo”, decidida el 23 de junio de 2011; M.718.XLIV “Moroni, Oscar Guillermo c/ PEN – ley 25.561 dtos. 1570/01 214/02 (Caja de Valores) s/ amparo sobre ley 25.561”, sentencia del 5 de julio de 2011; F.605.XLIV “Feal, José Luis y otro c/ PEN –Ley 25.561 dtos. 1570/01 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561”, sentencia del 4 de agosto de 2011; L.53.XLVII “Lavorato, Norma Elsa y otra c/ EN Mº Economía s/ amparo”, sentencia del 1 de noviembre de 2011 y P.233.XLVI “Prioetto, Antonio Francisco c/ EN Mº Economía dto. 1735/04 (Bonte 03) s/ proceso de conocimiento”, decidida el 8 de mayo de 2012).

En el caso de autos resulta aplicable la doctrina que resulta de los aludidos precedentes, de la cual el a quo se apartó sin motivos válidos.

6º) Que, en efecto el art. 2º del decreto 1310/04, al aclarar que la expresión "Bonos Externos de la República Argentina" efectuada en el art. 60, inc. d, de la ley 25.827 –en la enumeración de diversos títulos respecto de los cuales podía exceptuarse el diferimiento de pagos de los servicios financieros– se refiere a los "Bonos Externos (BONEX)" no tiene otra implicancia que evitar "diferentes interpretaciones" en cuanto a los títulos comprendidos en la norma legal. De tal manera, carece de sustento la pretensión de considerar que los "Bonos Externos Globales" –como los que motivan el reclamo de la actora– se encontraban incluidos entre los susceptibles de ser exceptuados del diferimiento de pagos en los términos del citado inc. d del art. 60 de la ley 25.827 (Ley de Presupuesto del año 2004). Abona esta conclusión el hecho de que la Ley de Presupuesto del año siguiente (ley 25.967), en la norma equivalente a la recién citada (art. 47, inc. d), no deja margen de duda en cuanto a que los títulos susceptibles de ser exceptuados –en lo que tiene relevancia para este pleito, y sin perjuicio de los otros que allí se mencionan– son los "Bonos Externos de la República Argentina (BONEX)" .

7º) Que, sentado lo que antecede, debe recordarse que el diferente tratamiento que las normas dieron a los títulos regidos por la ley extranjera respecto de los sometidos a la ley nacional ha sido objeto de examen en el dictamen del Procurador General de la Nación al que remitió este Tribunal en la causa "Galli" (Fallos: 328:690), y en el que se descartó que ello vulnerara el art. 16 de la Constitución Nacional (confr, en igual sentido, el cons. 15 del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda en la misma causa).

8º) Que, finalmente, y sin perjuicio de la distinta legislación por la que se rigen los bonos sobre los que versa el

reclamo formulado en el caso de autos, resulta pertinente remitirse al criterio establecido por el Tribunal en el citado precedente "Galli", pues una adecuada inteligencia de dicho pronunciamiento (votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Argibay) permite afirmar que la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago —dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina— sino que estableció una doctrina de amplios alcances —con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente "Brunicardi" (Fallos: 319:2886)— en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas (Fallos: 333:855).

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas por su orden en razón de la complejidad de las cuestiones debatidas (arts. 68, segunda parte, y 279 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI




JUAN CARLOS MAQUEDA

ELENAT HIGHTON de NOLASCO



E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Interpuso recurso ordinario el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, representado por la Dra. Silvia C. Arias.

Contestó el traslado: Dolores Estrella Rosa, pero derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. Pablo Gabriel Giancaterino Velón.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 8.

TELLO, MARÍA LUISA C/ OBRA SOCIAL DEL PERSONAL
AUXILIAR DE CASAS PARTICULARES S/AMPARO

OBRAS SOCIALES

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó la condena impuesta a la obra social para la provisión de una prótesis de cadera importada si, ante la medida para mejor proveer decretada por la cámara, el perito informó que no existían prótesis de origen nacional que tuvieran las características que requería la intervención quirúrgica de la actora y dicha conclusión no fue impugnada ni observada en modo

alguno por la demandada.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

-Las juezas Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 CPCCN)-.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Vulnera el principio de congruencia que, mientras la única cuestión que la demandada había planteado en su memorial hacía pie en la ausencia de obligatoriedad de la cobertura de la prótesis de origen importado reclamada -al existir similares de fabricación nacional que eran viables, a su entender, para el padecimiento de la actora-, la alzada haya sostenido su decisión abordando otras cuestiones que no fueron llevadas ante la instancia por ninguna de las partes, ya que mientras sólo correspondía decidir la sustancia probatoria y normativa de la pretensión, la cámara formuló un nuevo juicio sobre la admisibilidad formal del remedio al que había acudido la actora para encauzar la reclamación.

-Las juezas Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, que revocó la condena impuesta a la Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares (O.S.P.A.C.P.) para la provisión de una prótesis de cadera importada marca Biomet-Taperlock, la parte actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria da lugar a la presente queja (v. fs. 159/162, 195/199, 207/225 y 235/236 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante).

-II-

El pronunciamiento atacado es de naturaleza definitiva desde que un trámite ordinario posterior no satisfaría la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos: 331:1755). Así lo pienso, no sólo en función de la índole de la enfermedad que aqueja a la Sra. T. –marco en el que la dilación puede sin dudas ocasionar un agravio de imposible o difícil reparación ulterior (arg. Fallos: 330:4647; 331:2135, 334:1691, entre muchos otros)–, sino porque la sentencia contiene conceptos determinantes que no podrán ser objeto de

nueva discusión (arg. Fallos: 323:3401; 325:2044).

De igual modo, el recurso resulta formalmente procedente –en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48–, pues viene en debate la obligatoriedad legal de cobertura por parte de la obra social demandada, cuya respuesta exige determinar la recta interpretación de normativa de índole federal que rige el sistema de salud (arg. Fallos: 330:3725).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que varias de las alegaciones formuladas desde la perspectiva de la arbitrariedad guardan estrecha relación con la exégesis normativa que debe llevarse a cabo, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 330:2180, 2206 y 3471, entre muchos otros).

-III-

El voto del vocal preopinante de la mayoría inicia con la idea de que, conforme a los arts. 1º de la ley 16.986 y 43 de la Constitución Nacional, la admisibilidad formal y sustancial del amparo exige que se haya desconocido el derecho invocado, extremo que –concluye– no se da en la especie, en tanto no existiría negativa alguna de la obra social respecto del pedido de prótesis de la actora, quien –aclara– pretende otra más costosa, de procedencia extranjera.

Entiende que en el amparo debe juzgarse la regularidad de un acto y no las cuestiones entre el enfermo (y su médico) y el agente de salud, suscitadas en torno a un tratamiento o producto medicinal u ortopédico distinto al que debe proveer –y ofrece– la obra social.

Advierte que esta acción sumarísima no resulta apta cuando es necesario producir prueba para declarar la invalidez del acto impugnado, en tanto la materia propia de aquella es dejar sin efecto actos u omisiones arbitrarios o ilegales, fuera de toda controversia o duda.

Continúa aseverando que en autos se pretende un pronunciamiento judicial sobre cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, que tienen que ver con la praxis médica. En esa línea, juzga que la adecuación de la prestación es un tema en el cual los jueces carecen de jurisdicción, de modo que dicho aspecto “... no puede ser el

contenido de la sentencia en ningún supuesto...” (v. fs. 198 penúltimo párrafo).

Como colofón, aun cuando caracteriza su reflexión como *obiter dictum*, deja expresamente dicho que la garantía del derecho a la salud no significa que la obra social soporte coberturas que exceden el listado del P.M.O., porque el agente no tiene a cargo cualquier riesgo, sino aquellos que están debidamente previstos.

A mi ver, estos dos últimos argumentos permiten diferenciar este caso de las hipótesis que tuvo en mira el precedente de Fallos: 334:295; autorizando así la intervención revisora de V.E.. máxime frente a la premura implicada en la situación de salud por la que atraviesa la actora.

-IV-

Considero que la argumentación de la Cámara exhibe una grave incongruencia interna, pues desestima el amparo en función del carácter no manifiesto de la ilegalidad acusada, así como de la necesidad de una actividad probatoria que considera extraña al trámite. Empero, afirma paralelamente que la cuestión no es justiciable y —a pesar de todo ello— termina ingresando en el fondo de la cuestión, al expedirse por la improcedencia de la cobertura.

Ese defecto se profundizará en el último voto de la sentencia que, contradictoriamente, aun cuando adhiere a la opinión del preopinante, parece remitir la contienda al carril del proceso de conocimiento, cuando expresa que “...el empeño obcecado en tentar la vía del amparo no se sostiene, existiendo como existen vías sumarias de proceso cognoscitivo, medidas cautelares autónomas...[c]on las cuales se restablecería el recto quicio...” (v. fs. 199, consid. 2.2.).

-V-

Más allá de la inconsistencia lógica que acabo de señalar —que lleva, incluso, a dificultar seriamente la comprensión del criterio mayoritario—, observo que la sentencia incurre en un formalismo extremo y hace caso omiso de consolidadas directrices interpretativas trazadas por esa Corte, en claro detrimento de los derechos fundamentales de la afectada.

La primera de esas líneas, es la relativa al concepto de “caso” o “causa” que habilita el ejercicio de la jurisdicción por parte del Poder Judicial (art. 2º de la ley 27; arg. S.C. Comp. N° 305, L. XLIII *in re* “Luján, Jorge c/Pereollo, Julio s/ejecución”,

del 17 de octubre de 2007; Fallos: 332:1433, esp. consid. 3º, entre muchos otros). Es que la pretensión que aquí se ventila –que ciertamente, no descansa en una cuestión de carácter meramente especulativo– tiende a fijar la relación legal que vincula a las partes adversas, en un punto concreto, cual es el alcance de la cobertura debida por el agente de salud demandado, de manera que resulta claramente justificable.

La segunda, apunta a la idoneidad de la vía elegida, que V.E. ha tenido por particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (v. Fallos: 330:4647; S.C. P. Nº 943, L. XLIII *in re "P.. S.E. c/Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro s/amparo"*, del 27 de mayo de 2009 [en especial, considerando 6º]).

La última, refiere a la responsabilidad de los jueces en la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia propia de este tipo de asuntos, en cuyo marco deberían encauzarse los procesos de manera expeditiva, evitando que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (arg. Fallos: 327:2413 y citas del dictamen publicado en Fallos: 332:1394 [punto VI]). En ese orden, resulta útil reparar en la duración de este juicio: pero, particularmente, en el hecho de que la prueba pericial no sólo se ha producido, sino que fue ampliada en función de la providencia dictada a fs. 183 por la misma Cámara, que ahora la juzga extraña al acotado ámbito del amparo.

Por otro lado, según adelanté, el fallo se limita a adherir al concepto genérico de que no debe obligarse a la obra social a hacerse cargo de las prestaciones no incluidas en el P.M.O.E. “bajo el argumento de que los derechos a la salud deben estar protegidos y garantizados... [pues] no se trata de poner a cargo de la mutual cualquier riesgo... sino aquéllos que estuvieren debidamente previstos y ponderados...” (*sic*; v. fs. 198 vta., segundo párrafo). Así las cosas, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable con arreglo a las circunstancias del juicio, porque desliga a la obra social, sin estudiar los elementos normativos y facticos que configuran al caso. Entre ellos, la prueba pericial, o el propio P.M.O. que –conforme se verá en el punto VI, y contrariamente a lo que sostiene dogmáticamente la Sala– impone la cobertura denegada.

reclamo, cabe recordar que aquí no se discute la dolencia que padece la Sra. T. (coxartrosis severa), ni que su resolución sea quirúrgica (artroplastia, con colocación de un reemplazo total de cadera no cementado). Tampoco viene controvertida la conveniencia de la prótesis que pide la afiliada, en orden a la patología que ésta presenta y a sus características personales de edad y actividad laboral (empleada doméstica).

En cambio, el conflicto ha quedado circunscripto centralmente al origen del insumo ortopédico, pues el especialista tratante requiere una prótesis importada, mientras que O.S.P.A.C.P. ofrece una fabricada en nuestro país, por estimarla análoga.

La cuestión así planteada, remite directamente al P.M.O. (Anexo I de la Resolución n° 201/2002 [Ministerio de Salud]), que en su acápite 8.3.3. contempla expresamente el supuesto de autos, disponiendo que "... la cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación interna y permanente... El Agente de Salud deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional..." (el subrayado me pertenece).

En ese sentido, ante la medida para mejor proveer decretada por la Cámara, el perito designado –cuya intervención, más allá de la oposición interpuesta, quedó admitida en el proceso con carácter firme– informó que "... no existen prótesis de origen nacional que tengan las características que requiere la intervención quirúrgica de la actora...". Esta conclusión no fue impugnada ni observada en modo alguno por O.S.P.A.C.P., debidamente escuchada a su respecto (v. fs. 187, acáp. II), y fs. 190 /193; nuevamente, el resaltado es mío).

Por ende, la Resolución transcripta basta para responder positivamente al problema específico planteado, desde que ella prevé el aporte del 100% de la prótesis extranjera, en defecto de un equivalente nacional, extremo que –reitero– resultó acreditado a instancias del tribunal superior de la causa.

-VII-

No ignoro que dicho precepto establece también que "... [I]as indicaciones médicas se efectuarán por nombre genérico, sin aceptar sugerencias de marcas, proveedor u especificaciones técnicas que orienten la prescripción encubierta de determinado producto...".

Sin embargo, estimo que, en esta emergencia particular, la interpretación literal de la norma conduciría derechosamente a su inoperancia. Es que la aptitud de la

solución ortopédica prescripta para el cuadro de la paciente –aunque no viene controvertida y tiene íntima vinculación con el derecho fundamental a la integridad psicofísica– quedaría relegada en función del mero cumplimiento de una fórmula sacramental, sin que O.S.P.A.C.P. se haya ocupado de aclarar de qué modo puede identificarse el producto importado más adecuado, sin referirlo al fabricante, o señalar siquiera las especificaciones técnicas correspondientes.

En cualquier caso, en el contexto del derecho a la salud, cuya consistencia ha quedado vastamente delineada en numerosos precedentes (v. esp. Fallos: Fallos: 302:1284; 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 325:677; 326:4931; 327:2127; 328:1708; 329:1226, 1638, 2552 y 4918; 330:3725 y 4647; 331:453 y 2135; 332:1394; S.C. S. N° 670, L. XLII, *in re "Sanchez, Elvia Norma c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro"*, del 15 de mayo de 2007; S.C. P. N° 35, L. XLIV, “Pérez de Capiello, Marta c/Instituto de Seguros de Jujuy y Estado Provincial s/queja”, del 6 de marzo de 2012 [esp. consid. 15º]; y S.C. G. N° 783, L. XLVI, “Gerard, María Raquel y otro c/I.O.S.P.E.R. s/acción de amparo”, del 12 de junio de 2012, por remisión al dictamen de esta Procuración. Ver asimismo, en lo pertinente, los dictámenes emitidos *in re* S.C. A. N° 804, L. XLI, “Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A.. de fecha 14 de febrero de 2006; S.C. R. N° 796, L. XLII, “Rago, Juan Ignacio c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud”, de fecha 1º de octubre de 2007; y S.C. N. N° 289, L. XLIII, “N. de Z., M.V. c/Famyl S.A. Salud para la Flia. s/reclamo contra actos de particulares” del 16 de abril de 2008). entiendo que las eventuales dudas han de solventarse en favor de la paciente –nunca en su perjuicio–, en tanto la materia que nos ocupa se encuentra gobernada por el principio *pro homine*.

-VIII-

En tales condiciones, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires,

15 de noviembre de 2012.



M. ALEJANDRA CÓRDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, Treinta de abril de 2013

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el señor juez federal hizo lugar a la acción de amparo iniciada por la señora María Luisa Tello contra la Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares (O.S.P.A.C.P.) y, en consecuencia, condenó a esta entidad a proveer a la demandante de una prótesis de cadera de origen importado, indicada por su médico tratante, necesaria para la operación quirúrgica que se le habría de practicar (fs. 159/162, autos principales).

Ante el recurso de apelación promovido por la condenada, la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca revocó el pronunciamiento y desestimó la pretensión (fs. 195/199).

2º) Que contra esa decisión la actora interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva esta queja, en el que invoca como cuestión federal la doctrina de esta Corte en materia de sentencias arbitrarias. Sostiene que la decisión de la alzada viola el principio de congruencia al tratar cuestiones que no habían sido planteadas en la litis, se aparta manifiestamente de las constancias probatorias de la causa y efectúa una interpretación distorsionada de la norma jurídica aplicable al caso.

3º) Que el recurso extraordinario es procedente en los términos en que ha sido promovido. En efecto, los agravios de la apelante deben ser admitidos con arreglo al adecuado tratamiento que se realiza en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyas fundadas consideraciones y conclusión cabe remitir tanto en lo atinente a la existencia en el sub lite de una

cuestión contenciosa apta para ser resuelta por el Poder Judicial y a la idoneidad de la vía del amparo empleada en el sub lite, como con relación a la apropiada apreciación de los elementos probatorios de los que ha prescindido el tribunal a quo y del examen fragmentario de la norma aplicable realizado en la sentencia (disposición 8.3.3 del Anexo I de la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud).

4º) Que cabe agregar a lo expresado que la alzada incurrió en otros graves defectos de fundamentación que el Tribunal considera necesario poner de relieve, pues descalifican al pronunciamiento como acto jurisdiccional al demostrar que la equivocación del fallo impugnado es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa "Estrada, Eugenio" (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (causa B. 32. XLVII. "Badano, Eduardo José s/ juicio político", sentencia del 14 de febrero de 2012, y sus citas).

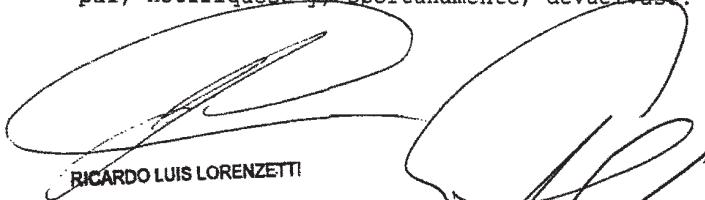
5º) Que ello es así, por un lado, en la medida en que lo resuelto vulnera el principio de congruencia, pues mientras que la única cuestión que la demandada había planteado en su memorial hacia pie en la ausencia de obligatoriedad de la cobertura de la prótesis de origen importado reclamada en el sub lite –al existir similares de fabricación nacional que eran viables, a su entender, para el padecimiento de la actora–, la alzada sostuvo su decisión abordando otras cuestiones que no fueron llevadas ante esa instancia por ninguna de las partes (Fallos: 237:328; 247:510; 247:681; 254:201; 256:504; 281:300; 284:115; 294:414; 303:368; 303:624; 311:1601; 316:1277; 319:1606; 321:330 y 324:4146, entre muchos otros). En efecto, en la oportunidad en que sólo correspondía decidir la sustancia probatoria y normativa de la pretensión, la cámara formuló un nuevo juicio sobre la admisibilidad formal del remedio al que había acudido la actora para encauzar su reclamación.

6º) Que, por otra parte, la decisión tomada por la alzada de prescindir de las conclusiones de la prueba pericial producida ante la segunda instancia -que, como medida para mejor proveer, la misma cámara ordenó ampliar- indicando que la apreciación de ese medio de convicción excedía el objeto procesal del amparo, ha sido fruto de una manipulación del proceso que desconoce principios elementales que el tribunal debe necesariamente tutelar como director del proceso. Ello es así, pues con este modo de actuar la cámara desvirtuó la necesidad de que los litigantes conozcan de antemano las "reglas claras de juego" a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales (Fallos: 311:2082; 312:767, 1908; 313:326 y 325:1578) y, de ese modo, convirtió al proceso en un "juego de sorpresas" que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas (Fallos: 329:3493 y 331:2202).

7º) Que, en las condiciones expresadas, los graves defectos en que incurrió la alzada afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la demandante (ley 48, art. 15) y justifican la invalidación del pronunciamiento a fin de que la pretensión de ésta sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, 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 quien corresponda, se dicte un nuevo

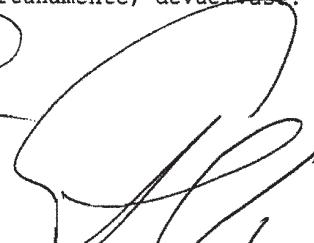
-///-fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

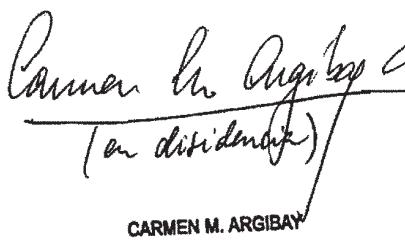

(en discordia)

JUAN CARLOS MAQUEDA



DISI-///-

E. RAUL ZAFFARONI


Carmen M. Argibay
(en discordia)

CARMEN M. ARGIBAY

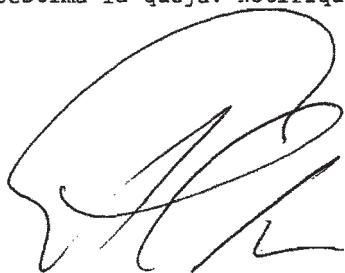
-///-DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

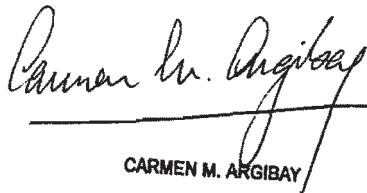
Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja, es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se

desestima la queja. Notifíquese y archívese.



ELENA I. MIGHTON de NOLASCO



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho deducido por María Luisa Tello, con el patrocinio letrado del Dr. Leandro A. Ferri.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca.

Tribunal interviniente con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 2 de Bahía Blanca.

Ministerio Público: Ha dictaminado la Procuradora Fiscal, doctora Alejandra Cordone Rosello.

MAYO

LOMA NEGRA COMPAÑIA INDUSTRIAL SA Y OTROS S/LEY 22.262

FALTA DE FUNDAMENTACION

El recurso extraordinario contra la sentencia que confirmó las sanciones impuestas por infracción a la Ley de Defensa de la Competencia 22.262 carece de la debida fundamentación respecto de la inteligencia que propicia de los arts. 62, inc. 5º del Código Penal y 41 de la ley 22.262 pues, más allá de expresar su discrepancia con el criterio sentado por el a quo en materia de prescripción, no refuta acabadamente las razones expuestas, en particular aquellas que determinaron la no aplicación en el caso de la doctrina sentada por la Corte en el precedente “Yacimientos Petrolíferos Fiscales” (Fallos: 325:1702).

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Corresponde rechazar el recurso extraordinario si los agravios dirigidos a criticar los criterios referentes a las circunstancias que definen el carácter y alcance de los actos desplegados y su aptitud para encuadrar la actividad como una de las previstas en el art. 1º de la ley 22.262 no se remiten, en rigor, a la interpretación de esa norma, sino al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas por su naturaleza, a la vía del art. 14 de la ley 48 y el mismo carácter tienen las objeciones referentes a la exorbitancia de la sanción aplicada, máxime si se repará en que el fallo que se pone en tela de juicio cuenta con suficientes argumentos sobre el punto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

En atención a lo dictaminado en el día de la fecha en el expediente L.319.XLV, cuyos fundamentos –en lo pertinente– doy aquí por reproducidos en razón de brevedad, considero que hasta tanto se pronuncie V.E. en esa queja, corresponde suspender el trámite de la presente.

Buenos Aires, 29 de marzo de 2010.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, mediante resolución 124/05 y en aplicación de los artículos 1º y 41, incisos b), e) y k), y 26, inciso b) de la ley 22.262, ordenó a la Asociación Fabricantes de Cemento Portland: 1º) que se abstenga de distribuir entre sus asociados información competitivamente sensible sobre la producción, y/o importaciones, y/o despachos de cemento portland de cada uno de ellos; 2º) que en caso de continuar con la recolección y procesamiento de esa información individual, tome los recaudos y medidas de seguridad necesarios para asegurar su confidencialidad en el ámbito de esa entidad; y 3º) que en el término de sesenta días adecue el diseño y funcionamiento del sistema estadístico a los preceptos de la citada ley. Asimismo, le impuso la sanción de multa por la suma de quinientos veintinueve mil doscientos ochenta y nueve pesos (\$ 529.289), de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º y 41, incisos a), b), c), e) y k), y 26, inciso c), de aquella norma.

Esa resolución fue apelada ante la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, que confirmó la decisión administrativa (ver fs. 2/51). Ello dio lugar a la presentación simultánea de dos impugnaciones en esa instancia: por un lado, la prevista en el artículo 14 de la ley 48 (ver fs. 6983/7002 del expediente L.152.XLV, acumulado a los autos principales) y, por el otro, el recurso de casación (ver fs. 53/71 de estas actuaciones). Ambas fueron declaradas inadmisibles, lo que generó sendas quejas: ante V.E. (expediente L.152.XLV, recién citado) y ante la Cámara Nacional de Casación Penal. La Sala III de este tribunal, mediante resolución del 20 de abril de 2009 rechazó, por mayoría, dicha presentación directa por juzgar que la materia contravencional y las infracciones de índole administrativa son ajena a su competencia, que la intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico había cumplido el indispensable control de legalidad del acto administrativo y que de esa forma había

quedado expedita la vía para el recurso extraordinario federal (ver fs. 84/6).

Contra esa decisión, la afectada interpuso recurso extraordinario con sustento en la doctrina de la arbitrariedad por considerar que carece de fundamentación, se ha apartado de los precedentes de V.E. que fueron invocados y prescinde del derecho aplicable. En síntesis, cuestionó la distinción de la mayoría del *a quo* entre delitos y contravenciones, máxime cuando la sanción aplicada se fundó en los artículos 41 y 42 del Capítulo III, Sección II de la ley 22.262, que se titula “De las penas en caso de delito”. En ese sentido, agregó que las garantías constitucionales afectadas (debido proceso, defensa en juicio) y que los elementales derechos de propiedad, legalidad y reserva, no debieran ser ajenos a la competencia de la Cámara Nacional de Casación Penal como tribunal intermedio, más aun cuando el artículo 43 de la citada ley remite al Código Penal y al código de forma en esta materia. Asimismo, invocó el voto en disidencia de la doctora Ledesma, que juzgó admisible la queja, y las sentencias de V.E. *in re* “Di Nunzio” (Fallos: 328:1108), “Casal” (Fallos: 328:3399), “Martínez Areco” (Fallos: 328:3741) y “Cambio Perseo S.A.” expediente C.2225.XLII, resuelto el 4 de septiembre de 2007. También fundó su planteo en los derechos que reconocen los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver fs. 89/96).

La denegatoria del remedio federal, también por mayoría (ver fs. 99), generó esta presentación directa, donde se cuestionó la carencia de fundamentación de esa decisión (ver fs. 101/105) y en la que se ha corrido vista a esta Procuración General (fs. 116).

II

Efectuada la reseña que antecede, considero pertinente puntualizar determinadas circunstancias que, en mi opinión, resultan relevantes en orden a lo sometido a la jurisdicción de la Corte.

En efecto, a fin de contar con un panorama amplio de las características del *sub júdice*, cabe señalar que no sólo involucra ésta queja de la Asociación Fabricantes de Cemento Portland, sino también a otras cinco empresas sancionadas en la misma resolución administrativa que fue confirmada por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, las que también impugnaron ese fallo ante V.E. y ante el *a quo*. Es menester destacar que, a diferencia del trámite recursivo descripto en el apartado I, en las quejas por recurso de casación denegado presentadas por esas consortes de causa ante la Cámara Nacional de Casación Penal, tomó intervención su Sala IV que de adverso al criterio de la Sala III, el 26 de octubre de 2009 resolvió –también por mayoría– hacer lugar y conceder las impugnaciones planteadas por L.

N CIASA. y C S M S.A., J M S.A., C
A S.A. y P C R S.A., las cuales se encuentran en pleno trámite en la actualidad (ver informe de este Ministerio Público, que se acompaña). Así surge, respectivamente, de las constancias incorporadas a los expedientes L.154.XLV (fs. 201/08), L.159.XLV (fs. 185/88) y de los autos principales –L.152.XLV– (fs. 6907.26/29 y 6911/14), que junto con los similares L.161.XLV y L.155.XLV han sido remitidos en vista por V.E. con esta queja y en los cuales se cuestiona la denegatoria de los recursos extraordinarios simultáneamente interpuestos contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

Así las cosas y tal como esta Procuración General lo señaló al expedirse el 4 de noviembre de 2009 en los expedientes L.1363.XLII y L.16.XLIII –referidos a planteos efectuados por L.

N CIASA. y C S M S.A., por un lado, y por J. M. S.A., por el otro, en cuanto al pago de la tasa de justicia en los mismos autos principales a los que se refiere el *sub examine*– se presenta la inusual circunstancia que la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que confirmó la decisión administrativa, se encuentra en condiciones de ser revisada por la Sala IV del *a quo* en cuanto a cinco de las seis sancionadas, mientras que todas

ellas también han acudido al Alto Tribunal por la denegatoria del remedio federal interpuesto contra aquel mismo pronunciamiento. A su vez, los representantes de la Asociación Fabricantes de Cemento Portland reclaman en estas actuaciones que la Corte habilite esa instancia intermedia.

Lo descripto pone de relieve que, por razones que se desconocen, las quejas por recurso de casación denegado planteadas ante el *a quo* contra una misma decisión no fueron radicadas en la misma Sala y, lo que es peor, el criterio de la Sala III respecto de la Asociación Fabricantes de Cemento Portland fue opuesto al adoptado por la Sala IV para las demás afectadas. Sin ingresar al fondo del asunto y aun cuando ello pudiera eventualmente ser enmendado por el efecto extensivo de los recursos, previsto en el artículo 441 del Código Procesal Penal de la Nación, admitido inclusive por V.E. para el remedio federal (*Fallos*: 316:1328; 319:1496; 320:854, entre otros), cabe observar qué del cotejo de los cargos de recepción de las quejas respectivas, surge que la primera radicación correspondió a la Sala IV, por lo que con arreglo al orden de prioridad que inspira los incisos 2º y 3º del artículo 42 de ese cuerpo legal, reglamentario de la garantía constitucional del juez natural, todas las posteriores –entre las que se encuentra la de dicha asociación– debieron tener igual asignación (ver fs. 182 del expte. L.159.XLV –27/2/09, 11.35–, fs. 7080 vta. del L.152.XLV, acumulado a los autos principales –27/2/09, 12.16–, fs. 151 vta. del L.154.XLV –27/2/09, 12.30–, fs. 214 del L.161.XLV –27/2/09, 12.35– y fs. 191 del L.155.XLV –4/3/09, 8.21–).

En tal sentido, creo oportuno mencionar que el “Certificado de Elevación a la Cámara Nacional de Casación Penal” aprobado por resolución nº 132/98 de ese tribunal, establece que debe indicarse si existió intervención anterior de alguna Sala de la Cámara.

III

No paso por alto que si bien es doctrina de V.E. que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos

por ante los tribunales de la causa, por vincularse con asuntos de naturaleza no federal, son, en principio, ajenes a la instancia extraordinaria (Fallos: 328:4597 y sus citas), el Tribunal ha hecho excepción a ello cuando lo resuelto frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que traduce una violación a la garantía del debido proceso adjetivo consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 324:3664 y sus citas).

Las circunstancias relatadas permiten afirmar que ésa es la situación que se presenta en el *sub judice*. En efecto, ellas acreditan que como resultado de la defectuosa radicación asignada a la queja presentada ante el *a quo* por los representantes de la Asociación Fabricantes de Cemento Portland, tomó intervención una sala distinta a la que había prevenido en la causa y a resultas de ello, fue posible el dictado de las sentencias contradictorias ya mencionadas frente a planteos que, a tenor de lo que surge de los respectivos pronunciamientos judiciales cuyas copias lucen agregadas a las diversas actuaciones, aparecen *prima facie* análogos.

A lo dicho cabe añadir que, como se recordó, en virtud de ese defectuoso sorteo y de la doble vía recursiva intentada por todas las multadas, la misma sentencia dictada por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico se encuentra en condiciones de ser revisada tanto por V.E., en razón de las quejas por recurso extraordinario denegado interpuestas por todas ellas, como por la Cámara Nacional de Casación Penal, cuya Sala IV declaró procedente esa impugnación en los casos que intervino.

A tal punto llega lo excepcional del caso, que mientras por aplicación del artículo 442 del Código Procesal Penal de la Nación aquel fallo de la Sala B está suspendido en sus efectos para las empresas cuyos recursos de casación fueron concedidos el 26 de octubre de 2009, en la resolución del 3 de noviembre de 2009, dictada en el expediente L.152.XLV ante una petición expresa de la Asociación Fabricantes de Cemento Portland, la Corte admitió el recurso de queja, declaró procedente la apelación extraordinaria y suspendió con ese alcance la

ejecución de la sentencia, sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (ver fs. 7102 de los autos principales). Cabe destacar que ante idéntica y simultánea petición efectuada por la recurrente a fojas 112/114 de esta presentación directa, el Secretario del Tribunal dejó constancia de lo resuelto en el expediente L.152.XLV (ver fs. 116).

IV

Frente a las circunstancias descriptas y a fin de hacer cesar los efectos de decisiones de sentido opuesto, estimo que resulta imperioso encauzar el trámite de la impugnación planteada. Así lo pienso porque se ha acreditado que la radicación de la queja interpuesta por la Asociación Fabricantes de Cemento Portland en una sala distinta a la que había prevenido en la causa, afectó, en definitiva, la garantía del juez natural que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional. En este sentido, V.E. ha sostenido que le cabe la obligación de corregir la actuación de las cámaras cuando se configura un supuesto de transgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, entre los que se hallan los relativos a la adecuada composición y funcionamiento de sus órganos (Fallos: 317:462 y sus citas; 321:2738; 325:703, entre otros).

Por lo demás, si bien es verdad que las sentencias del Tribunal deben limitarse a lo pedido en el recurso extraordinario –y en el caso el apelante no ha objetado la errónea radicación de la causa– no lo es menos que el ejercicio de aquella facultad por la Corte se impone como un deber indeclinable a fin de preservar la defensa en juicio garantizada por el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 315:695; 319:623 y sus citas, entre otros).

En tales condiciones, considero que de modo previo al tratamiento de los agravios introducidos por la recurrente en el remedio federal aquí intentado, con arreglo a los criterios jurisprudenciales citados en el párrafo anterior y en uso de la facultad conferida por el artículo 24, inciso 7º *in fine*, de decreto-ley 1285/58, V.E. debe declarar la nulidad de la resolución dictada por la Sala III de la Cámara Nacional

de Casación Penal y ordenar la intervención de su Sala IV, que previno, para que asuma la intervención que le compete y se expida sobre la procedencia de la queja por recurso de casación denegado interpuesta por la Asociación Fabricantes de Cemento Portland.

No dejo de advertir que la actuación de la Cámara Nacional de Casación Penal como superior tribunal de la causa en procesos de esta naturaleza es una cuestión novedosa y que, incluso, podría afirmarse que se aparta de lo resuelto por la mayoría de la Corte en el precedente publicado en Fallos: 323:1787 –referido a la vía recursiva en sanciones aplicadas por la administración por infracción a la ley 22.802, cuya revisión judicial, hasta la sanción de la ley 26.361, era sustancialmente análoga a la de la ley 22.262–. Empero, sin que esto implique abrir juicio sobre ese aspecto y en abono del criterio propiciado, advierto que los fundamentos invocados por la Sala IV al declarar procedentes las quejas por recurso de casación denegado, lucen como una interpretación posible de los pronunciamientos de V.E. allí citados que han asignado a esa cámara la calidad de tribunal intermedio que se reclama en autos; y también parecen dar respuesta a las cuestiones cuya omisión de tratamiento dio sustento a la disidencia de los doctores Petracchi y Bossert al votar en ese precedente (ver pág. 1798/99). Por lo demás, tampoco consta que esas admisibilidades hayan sido objetadas por parte interesada.

V

Por ello, opino que V.E. debe declarar la nulidad de la resolución dictada el 20 de abril de 2009 por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (reg. nº 448/09 en causa nº 10.643 – ver fs. 84/86) y ordenar la intervención de su Sala IV, que previno, para que asuma la intervención que le compete y se expida sobre la procedencia de la queja por recurso de casación denegado interpuesta por la Asociación

Fabricantes de Cemento Portland.

Buenos Aires, *29* de marzo de 2010.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *7 de mayo de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de la Asociación Fabricantes de Cemento Portland en la causa Loma Negra Compañía Industrial S.A. y otros s/ ley 22.262", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que, en cuanto al caso interesa, confirmó las sanciones impuestas, mediante la resolución SCT 124/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, a Loma Negra C.I.A.S.A., Juan Minetti S.A., Cementos Avellaneda S.A., Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A., Cemento San Martín S.A. y la Asociación Fabricantes de Cemento Portland por infracción a la Ley de Defensa de la Competencia 22.262, la Asociación Fabricantes de Cemento Portland interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que a fs. 7102, y en atención a la defectuosa asignación de una presentación efectuada por la recurrente ante la Cámara de Casación que había llevado a la intervención de una sala distinta de la que había prevenido en la causa, con el siguiente riesgo de que se dictaran sentencias contradictorias, este Tribunal declaró formalmente procedente el recurso deducido. Asimismo, y en el marco de tan excepcionales circunstancias, destacó que el conflicto podía, *prima facie*, y sin que ello com-

portara abrir juicio sobre el fondo del asunto, involucrar cuestiones de índole federal susceptibles de tratamiento por esta Corte.

3º) Que un examen detenido de la totalidad de las actuaciones producidas y de las cuestiones debatidas en el sub examine lleva a la conclusión de que ese supuesto no se ha configurado en esta causa.

4º) Que, en efecto, el recurso extraordinario carece de debida fundamentación respecto de la inteligencia que propicia de los artículos 62, inc. 5º del Código Penal y 41 de la ley 22.262 pues, más allá de expresar su discrepancia con el criterio sentado por el a quo en materia de prescripción, la recurrente no refuta acabadamente las razones por éste expuestas, en particular aquellas que determinaron la no aplicación en el caso de la doctrina sentada por esta Corte en Fallos: 325:1702.

5º) Que los agravios dirigidos a criticar los criterios referentes a las circunstancias que definen el carácter y alcance de los actos desplegados y su aptitud para encuadrar la actividad como una de las previstas en el artículo 1º de la ley 22.262, no se remiten, en rigor, a la interpretación de esa norma, sino al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas por su naturaleza, a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 307:244; 313:510; y causa C.830.XL "Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros Ltda. s/ inf. ley 22.262", fallada el 8 de mayo de 2007).

6º) Que, finalmente, también se refieren a cuestiones de hecho y prueba, propias de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario las objeciones referentes a la exorbitancia de la sanción aplicada (Fallos: 316:2787), máxime si se repará en que el fallo que se pone en tela de juicio cuenta con suficientes argumentos sobre el punto, lo que lleva a descartar la tacha de arbitrariedad, que supone siempre un desacuerdo extremo o una equivocación tan grosera que aparezca como algo in-

concebible dentro de una racional administración de justicia (Fallos: 314:678; 317:444 y 327:5055).

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador Fiscal, se rechaza el recurso extraordinario deducido por la Asociación Fabricantes de Cemento Portland. Con costas. Notifíquese y oportunamente, remítase.

CARLOS S. FAYT

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENAL HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho deducido por la Asociación Fabricantes de Cemento Portland, representada por los Dres. Guillermo Rivarola y Guillermo P. Rivarola.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Sala B.

FRIGORIFICO DE AVES SOYCHU SAICFI C/
MUNICIPALIDAD DE GUALEGUAY

TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CAUSA

La apelación del art. 14 de la ley 48 solo procede respecto de sentencias judiciales, es decir, provenientes de los órganos permanentes del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y la excepción a este principio tiende a preservar el control constitucional que incumbe a la Corte Suprema, en los supuestos en que esos tribunales hayan sido sustituidos por órganos o funcionarios administrativos por disposición legal que, además, excluya toda otra forma de revisión judicial, lo que no ocurre si se trata de la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977.

TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CAUSA

En tanto el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 forma parte del derecho público local, carácter que resulta extensivo, en principio, al resultado de la actividad desplegada por los organismos encargados de su aplicación -Comisión Arbitral y Comisión Plenaria- a través del dictado de resoluciones que establecen el alcance de las cláusulas del mismo, sean éstas generales interpretativas o dictadas con motivo de los casos concretos sometidos a su consideración (arts. 24, incs. a y b, 25 y 17, inc. e, del convenio citado), de mantener su postura frente a las determinaciones practicadas por la Municipalidad de Gualeguay, no obstante lo resuelto por los citados organismos, la actora deberá ventilar la cuestión ante los tribunales provinciales competentes, por las vías que las normas procesales respectivas dispongan, sin perjuicio de la intervención ulterior de la Corte en el supuesto de suscitarse una cuestión federal durante su transcurso.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL**Suprema Corte:**

Dispone el segundo párrafo del art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que de la presentación en que se deduzca el recurso extraordinario debe darse traslado a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Este medio de notificación es exigido también por dicho precepto para la providencia que disponga la concesión del recurso.

Si bien el art. 136 CPCCN prevé la posibilidad de utilizar otros medios alternativos a la cédula, ello no es posible para aquellas actuaciones que deban efectuarse con entrega de copias, las que deberán realizarse únicamente por cédula o acta notarial.

En esta primera intervención de este Ministerio Público en la presente causa, advierto que el recurso extraordinario deducido por la actora (fs. 391/401) fue notificado por un medio distinto al requerido legalmente (ver fs. 404 y 405, en que constan sendos avisos de retorno de cartas dirigidas al representante de la Provincia de Entre Ríos ante la Comisión Arbitral y al Intendente de Gualeguay). Asimismo, observo que la resolución de fs. 480 -por la cual se concedió la apelación extraordinaria-, a pesar de lo indicado por V.E. a fs. 481, también fue notificada mediante un mecanismo que no está contemplado en el CPCCN (ver fs. 482).

Además, debe repararse en que si bien el recurso extraordinario fue contestado por el representante de la Provincia de Entre Ríos a fs. 406/411 -lo que podría considerarse que sanea la defectuosa notificación efectuada a su respecto-, no ha ocurrido así con relación a la Municipalidad demandada.

Por otra parte, los avisos de retorno obrantes a fs. 404, 405 y 481, si bien pueden dar constancia de la entrega de la correspondencia, no la dan en cuanto al contenido de

la notificación efectuada.

Es jurisprudencia pacífica de V.E. que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso, en especial la atinente al trámite previsto en la citada norma del código de forma, tiene por objeto dar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones conducentes para la correcta solución del litigio (arg. Fallos: 310:2092; 313:848; 319:978, entre otros).

En tales condiciones, estimo que deben devolverse las actuaciones al organismo de origen a fin de que les otorgue el trámite respectivo en debida forma.

Buenos Aires, 16 de junio de 2011
LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *14 de mayo de 2013.*

Vistos los autos: "Frigorífico de Aves Soychu SAICFI c/ Municipalidad de Gualeguay".

Considerando:

1º) Que la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 (fs. 381/387), al rechazar la apelación interpuesta por Frigorífico de Aves Soychu SAICFI, confirmó la resolución de la Comisión Arbitral (fs. 296/302) que no hizo lugar a la impugnación efectuada por la mencionada empresa (fs. 1/13 y 129/141) contra las resoluciones 089/06 y 023/07 de la Municipalidad de Gualeguay que determinaron de oficio la tasa por inspección sanitaria, higiene, profilaxis y seguridad municipal correspondiente a los años 2004 y 2005, y a los períodos enero a octubre de 2006 (fs. 19/20 y 146/147).

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, la Comisión Arbitral consideró que la Municipalidad de Gualeguay podía conformar dicha tasa con hasta el 100% de los ingresos de la peticionaria atribuidos a la Provincia de Entre Ríos a los fines del impuesto sobre los ingresos brutos, toda vez que la empresa no había acreditado que desarrollara actividades en

otros municipios de esa jurisdicción a fin de reducir la base de imposición de la citada tasa municipal (confr. fs. 301).

3º) Que la actora admite en sus presentaciones iniciales que no interpuso los recursos pertinentes ante la Municipalidad de Gualeguay sino que optó por acudir directamente ante la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral (fs. 2 y 130).

4º) Que es jurisprudencia del Tribunal que la apelación del art. 14 de la ley 48 solo procede respecto de sentencias judiciales, es decir, provenientes de los órganos permanentes del Poder Judicial de la Nación y de las provincias. La excepción a este principio tiende a preservar el control constitucional que incumbe a la Corte Suprema, en los supuestos en que esos tribunales hayan sido sustituidos por órganos o funcionarios administrativos por disposición legal que, además, excluya toda otra forma de revisión judicial (cfr. Fallos: 292:620; 305:1471 y 1699; sentencia del Tribunal recaída el 23 de abril de 1996 en los autos -M.267.XXX- "Makro S.A. s/ su recurso extraordinario por denegación de recurso de apelación contra declaración de incompetencia de la comisión arbitral"), lo que no ocurre en el supuesto de autos.

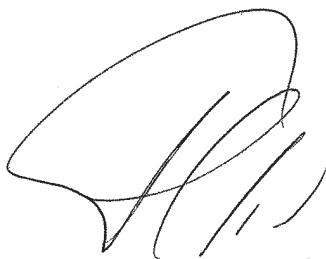
5º) Que, por lo demás, cabe recordar que el Convenio Multilateral forma parte del derecho público local (arg. doctrina de Fallos: 316:324 y 327; y sentencia del Tribunal en autos "*Papel Misionero S.A.I.F.C.*", Fallos: 332:1007), carácter que resulta extensivo, en principio, al resultado de la actividad desplegada por los organismos encargados de su aplicación – Comisión Arbitral y Comisión Plenaria– a través del dictado de resoluciones que establecen el alcance de las cláusulas del citado convenio, sean éstas generales interpretativas o dictadas con motivo de los casos concretos sometidos a su consideración (arts. 24, incs. a y b, 25 y 17, inc. e, del convenio citado).

6º) Que, ello expuesto, cabe concluir que de mantener su postura frente a las determinaciones practicadas por la Municipalidad de Gualeguay, no obstante lo resuelto por los citados

organismos, la actora deberá ventilar la cuestión ante los tribunales provinciales competentes, por las vías que las normas procesales respectivas dispongan, sin perjuicio de la intervención ulterior de esta Corte en el supuesto de suscitarse una cuestión federal durante su curso.

7º) Que a juicio del Tribunal, la conclusión a la que se llega torna inoficioso detenerse a considerar si resulta válida la notificación que el Presidente de la Comisión Arbitral cursó a la Municipalidad de Gualeguay para correrle traslado del recurso extraordinario y para hacerle saber que dicho recurso había sido concedido por ese organismo (confr. fs. 402, 405 y 482).

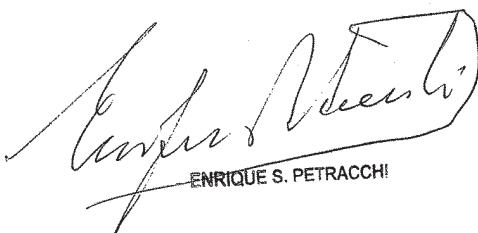
Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara -//formalmente improcedente el recurso planteado. Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida y a los fundamentos de la presente. Notifíquese y devuélvase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por Frigorífico de Aves Soychu S.A.I.C.F.I., representada por el Dr. Gregorio Sebastián Erro.

Traslado contestado por la Provincia de Entre Ríos, representada por los señores Manuel Francisco Valiero y Luis Martín Vergara.

Organismo de origen: Comisión Plenaria del Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977.

Intervino con anterioridad: Comisión Arbitral del Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977.

BIO SIDUS (TF 22046-A) C/ DGA

MERCOSUR

En los autos en que se encuentra en discusión si resultan aplicables los derechos de exportación establecidos por la resolución N° 11/2002 del Ministerio de Economía a diversas exportaciones efectuadas por la actora a la República Federativa del Brasil en los años 2002 y 2003 corresponde solicitar opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR sobre el siguiente punto: ¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, remitió a su criterio en el precedente "Sancor C.U.L. (Fallos: 322: 2237)".

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Las cuestiones aquí debatidas resultan sustancialmente análogas a las ya examinadas en mi dictamen del 1º de abril de 2008, *in re* S.346, L.XLIII "Sancor CUL (TF 18.476-A) c/ DGA", cuyos fundamentos doy por reproducidos en cuanto fueren aplicables al *sub iudice*.

Por lo expuesto, opino que cabe declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 139/157, y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires. 29 de julio de 2009

ESTEBAN RIGHI

dictamen de la PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 155/159 vta., la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 96/99) y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda presentada por Sancor Cooperativas Unidas Limitada y dejó sin efecto seis resoluciones dictadas por la Aduana de Santa Fe mediante las que se habían rechazado las impugnaciones presentadas contra sendas intimaciones cursadas para que abonase los derechos de exportación correspondientes a los permisos de embarque vinculados con ciertas operaciones de exportación de leche en polvo a Brasil y Paraguay.

Para así resolver, expuso que es jurisprudencia pacífica de la Corte que el legislador no tiene atribuciones para modificar un tratado internacional, y que el Estado Nacional ha de velar por el cumplimiento de esos convenios de jerarquía superior a las leyes.

Con respecto al Tratado de Asunción, que dio lugar al Mercosur, sostuvo que es un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial, en el marco de la ALADI, y que los derechos y obligaciones que de él emanan son jurídicamente exigibles para los Estados parte desde su entrada en vigencia.

Si bien consideró que ese acuerdo posee ciertas pautas programáticas, expresó que en lo que resulta de interés ahora, las normas aplicables son específicas y operativas, en especial sus anexos. Entendió que no puede admitirse la imposición de derechos aduaneros agravantes de los existentes al momento de firmarse el Acuerdo, aunque ello se haga alegando una situación de emergencia. En tales condiciones, adujo que la eliminación de toda restricción debe hacerse en los términos fijados por el art. 3º del Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 18, que forma parte del tratado, para evitar cualquier medida por la que un país impida o dificulte, unilateralmente, el comercio recíproco.

Con respecto a la resolución 11/02 del Ministerio de Economía, que fijó los derechos de exportación aquí debatidos, estimó que resulta inconstitucional puesto que es una norma de derecho interno que controvierte lo establecido por una norma internacional de jerarquía superior, en particular en el preámbulo y en los arts. 1º y 5º del Tratado de Asunción. Además, entendió que también se halla en colisión con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que éstos deben cumplirse de buena fe y que no pueden invocarse disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento.

- II -

Disconforme con lo resuelto por el *a quo*, la AFIP-DGA presentó el recurso que luce a fs. 163/172 vta.

Arguye que la resolución 11/02 fue dictada de acuerdo con las facultades delegadas por las leyes 22.415 y 25.561, y por los decretos 1.343/01, 1.366/01, 1.454/01, 355/02, y también por los decretos 751/74 y 2.752/91. Recuerda que su fundamento fue un marco de grave deterioro de los ingresos fiscales dentro de la emergencia en que se encontraba el país.

Sostiene, en síntesis, que la actora no ha demostrado que sea aplicable norma operativa alguna de derecho internacional que obste a la imposición de derechos de exportación. Indica que el Tratado de Asunción es, en sí mismo, programático y no operativo, motivo por el cual no puede deducirse la existencia de un compromiso asumido por Argentina de abstenerse de establecer derechos como los aquí debatidos.

Aduce también que el Congreso ha ratificado la totalidad de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994.

- III -

A mi modo de ver, el recurso federal resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en discusión la inteligencia que cabe asignar a normas federales, a las cláusulas de tratados internacionales de integración regional y a normas dictadas en su consecuencia, siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria a las pretensiones que la recurrente ha sostenido en ellas (art. 14, incs. 1º y 3º, ley 48).

- IV -

El Tratado de Asunción, celebrado el 26 de marzo de 1991 suscripto por nuestro país, junto con las repúblicas del Paraguay, del Uruguay y el Brasil, y ratificado por el Congreso Nacional mediante la ley 23.981, es la piedra basal constitutiva del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Es un acuerdo de carácter internacional que, por ende, integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango supralegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional).

En tal sentido, constituyó un paso más dentro de un camino en la búsqueda de la integración regional, uno de cuyos eslabones anteriores fue el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo celebrado entre nuestro país y el Brasil, el 29 de noviembre de 1988, donde ya se había hecho explícito que uno de sus objetivos principales era remover todas las barreras arancelarias y no arancelarias que se aplican a la circulación de bienes, servicios y capitales entre ambos estados, siempre teniendo en mira la constitución de un mercado común.

Entre los objetivos y fines del Tratado de Asunción, expresados en el preámbulo de su articulado, se hizo expresa referencia a la necesidad de acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social, una de cuyas condiciones fundamentales es ampliar la dimensión de los respectivos mercados nacionales mediante la integración supranacional de la región.

Asimismo, se puso de relieve que tal objetivo habría de alcanzarse mediante “el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles (...), la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”, y que había el convencimiento de que existía la necesidad en los Estados signatarios de “modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

Para ello, acordaron constituir un Mercado Común, que debía estar conformado al 31 de diciembre de 1994 (art. 1º, primer párrafo), y cuya existencia implica “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” (art. 1º, segundo párrafo), además de “la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes” (art. 1º, 4º, párrafo).

Asimismo, en el art. 7º se estableció que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional. Y también, en su art. 8º, inc. d) convinieron que los países signatarios extenderían automáticamente a los demás estados partes “cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración”.

Dentro del programa de liberación comercial, detallado en el anexo I del Tratado de Asunción, se expresó en el artículo primero que los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar a el 31 de diciembre de 1994 los “gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco” y, en su artículo segundo, se definió por “gravámenes” (a tales fines) “los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes. sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior”, agregando que no quedaban comprendidos en dicho concepto “las tasas y

recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados". Además, por "restricciones" se definió "cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco", dejando fuera de tal definición a las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (ley 22.354).

De forma concomitante, también se previó lo atinente a la imposición de un arancel externo común (arts. 1º y 5º del Tratado de Asunción) sin que quepan dudas, en este caso, de que estamos frente a un derecho de importación uniforme, adoptado por el bloque, para las operaciones con terceros países cualquiera que fuere el país del Mercosur de destino de las mercancías.

Dentro de este orden de ideas, considero oportuno adelantar que, a mi modo de ver, tal y como fue dicho por el Tribunal Fiscal en su sentencia de fs. 96/99 vta., no hay en el tratado constitutivo del mencionado mercado común ninguna norma que, de manera directa e indubitable, imponga a los Estados miembros la obligación de abstenerse de establecer tributos a la exportación de sus mercancías hacia los países miembros.

No se me escapa que este tipo de medidas tributarias, tomadas sea con finalidad recaudatoria o bien extrafiscal, por hipótesis, podrían llegar a modificar o desalentar en cierto grado las corrientes naturales de comercio entre los países de que se trate, al hacer menos atractiva la opción por exportar el producto. Pero tampoco dejo de destacar que ello constituirá siempre una decisión tomada por el Estado exportador, que no compromete –en principio– el comercio con los otros Estados socios, en tanto que las mercancías originarias o provenientes de éstos no están alcanzadas por estos derechos, precisamente, ya que no se trata de gravámenes sobre la importación. Por otra parte, como tal tipo de decisión involucra una cuestión de oportunidad, mérito o conveniencia sobre la cual no corresponde que los tribunales entren a juzgar (arg. Fallos: 300:642; 312:72; 314:424, entre muchos otros).

Como dije, estimo que del plexo de tratados internacionales constitutivos del Mercosur no puede concluirse que la "eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente" alcance a los derechos que cada Estado miembro puede aplicar para la exportación de sus mercancías.

A tal conclusión arribo tras una atenta lectura de los textos aprobados por las

leyes 23.981 y 24.560, pero también aplicando las pautas hermenéuticas recibidas por V.E. en Fallos: 322:3193, entre otros, en cuanto a que los acuerdos internacionales han de ser interpretados de buena fe (arts. 31, inc. 1º, y 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), razón por la cual sus disposiciones no pueden aislarse sólo por su fin inmediato y concreto. Además, tampoco se han de poner en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, sino que, por el contrario, cabe procurar que todas ellas se entiendan entre sí de modo armónico, teniendo en cuenta tanto los fines de las demás, como el propósito de las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico, de modo de adoptar como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor, y de esta forma dar pleno efecto a la intención del legislador (doctrina de Fallos: 252:139; 271:7; 296:372; 302:973; 315:38, 322:2193, entre otros).

Apoyo tal inteligencia, también, en lo que surge del art. 7º del Tratado, en cuanto deja en claro que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros, del mismo tratamiento que se otorga a los productos nacionales, texto que, indudablemente, hace referencia a la prohibición de establecer gravámenes a la importación que resulten discriminatorios con respecto a los productos nacionales.

Asimismo, despeja la duda al respecto el texto del Artículo Tercero del Anexo I, del Tratado de Asunción, referido al Programa de Liberación Comercial, en cuanto estipuló la reducción progresiva de los gravámenes o derechos aduaneros de los países miembros entre sí, mencionando expresamente los “gravámenes a la importación”, omitiendo toda referencia a los que gravan la exportación de la mercancía.

Por ello, y en conclusión con respecto a este punto de debate, por las razones que dejó sentadas, estimo que no pueden compartirse los argumentos del *a quo* y que, por ende, la sentencia ha de ser revocada.

- V -

A esta altura del dictamen, debo poner en claro que tanto en su escrito inicial como en las demás presentaciones realizadas, la actora indicó que circunscribe la litis a discutir si se pueden crear derechos de exportación por operaciones dentro del Mercosur (ver fs. 48), y a resaltar que cuestiona la mencionada resolución en cuanto estableció un derecho de exportación con alcance genérico, sin tener en cuenta lo establecido por el Tratado constitutivo del Mercosur (ver fs. 51).

En tal sentido, además de sus razonamientos referidos al Tratado de Asunción.

arguye, de manera brevísimamente y sin fundamentación, la inconstitucionalidad parcial de la ley 25.561 como asimismo de la resolución 11/02 del -entonces- Ministerio de Economía.

Cabe recordar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de 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; 311:394; 312:122, 435 y 326:3024, entre muchos otros).

Por ese motivo, V.E. ha manifestado, desde antiguo, que la escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad no es suficiente para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que puedan encomendarse a un tribunal de justicia (confr. doctrina de Fallos: 301:904; 312:72 y 122, entre otros).

Dentro de tal orden de ideas, también la Corte ha exigido 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).

Sobre la base de tales conceptos, advierto que el referido planteo de inconstitucionalidad harto escuetamente planteado por la actora con respecto a las normas referidas en el segundo párrafo de este acápite, carece de la debida fundamentación, por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico cierto y efectivo, pues incurre en afirmaciones dogmáticas sin lograr acreditar y demostrar en forma fehaciente cuáles son los derechos o garantías de raigambre constitucional vulnerados y sin siquiera citar cuáles son, en concreto, las normas constitucionales que considera supuestamente vulneradas por la normativa que impugna.

- VI -

Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 01 de abril de 2008.

ESTEBAN RIGHI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *21 de mayo de 2013.*

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que en los presentes autos se encuentra en discusión si resultan aplicables los derechos de exportación establecidos por la resolución 11/2002 del Ministerio de Economía a diversas exportaciones efectuadas por la actora a la República Federativa del Brasil en los años 2002 y 2003.

La accionante se opuso al pago de tales derechos -liquidados en los respectivos permisos de embarque a la alicuota del 5%- por considerar que ellos son inaplicables respecto de exportaciones a países miembros del MERCOSUR, en razón de que, según su criterio, se encontrarian en pugna con disposiciones del Tratado de Asunción.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación y, en consecuencia, mantuvo las resoluciones del organismo aduanero impugnadas en estos autos.

Contra tal decisión, la empresa accionante interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por el tribunal a quo con el alcance que surge de la resolución de fs. 168. A fs. 174 obra el dictamen del señor Procurador General.

2º) Que a fs. 154 vta./156, la parte actora solicitó a esta Corte que requiriese opinión consultiva sobre las cuestiones debatidas en el sub lite al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, según lo previsto en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

3º) Que mediante la acordada 13, del 18 de junio de 2008, esta Corte estableció las "Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR".

4º) Que según el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR -aprobado por la Decisión n° 37/03 del Consejo del Mercado Común- las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión "no serán vinculantes ni obligatorias" (art. 11) y las que fueran solicitadas por los "Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional", habrán de referirse "exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR (...) siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante" (art. 4º.1).

5º) Que de la reseña precedentemente efectuada surge con nitidez la concurrencia de tales recaudos, en tanto resulta necesario para la decisión de la presente causa interpretar el Tratado de Asunción. En esas condiciones, esta Corte estima pertinente solicitar opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, del mismo modo como lo dispuso en los autos "Sancor C.U.L. (TF 18.476-A-) c/ DGA" (Fallos: 332:2237), sin perjuicio de que en esa oportunidad la consulta no llegó a concretarse debido al desistimiento formulado por la accionante.

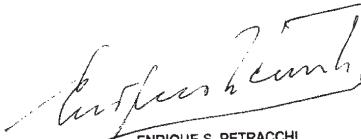
Por lo tanto, se dispone solicitar opinión consultiva al mencionado Tribunal sobre el siguiente punto: ¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?

Hágase saber el dictado de la presente a la señora Procuradora General y a las partes. Fecho, remítanse las actuaciones a la Dirección General de Biblioteca e Investigación (punto II de la acordada 13/2008, según el texto dado por el art. 7º de la acordada 51/2009), a fin de que proceda a diligenciar lo dispuesto en la presente, realizando los actos que resulten necesarios a tal fin en los términos indicados en el Reglamento apro-

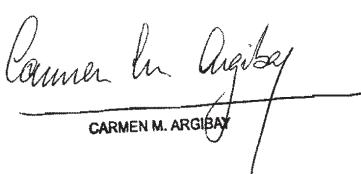
bado por la mencionada acordada 13/2008.


RICARDO LUIS LORENZETTI


(en desacuerdo)
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO


ENRIQUE S. PETRACCHI


JUAN CARLOS MAQUEDA

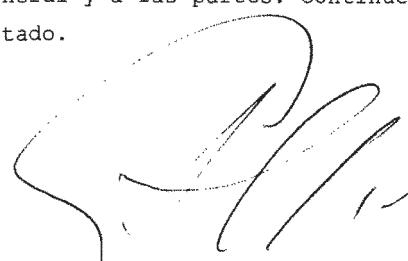

CARMEN M. ARGIBAY

-/-DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que resulta aplicable a lo solicitado por la actora a fs. 154 vta./156 el criterio establecido en lo pertinente en el precedente "Sancor C.U.L. (TF 18.476-A) c/ DGA" (Fallos: 332:2237), disidencia de la jueza Highton de Nolasco, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse por razón de brevedad.

Por ello, se desestima lo solicitado a fs. 154 vta./156. Hágase saber el dictado de la presente a la señora Procuradora General y a las partes. Continúe el trámite de la causa según su estado.


ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Recurso extraordinario interpuesto por **Bio Sidus SA**, representada por el Dr. **Horacio Félix Alais**.

Traslado contestado por la **Dirección General de Aduanas**, representada por la Dra. **Romina Natalia Martínez Caneiro**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

F., C. del C. C/ G., R. T. S/REINTEGRITO DE HIJO

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde confirmar la sentencia que admitió el pedido de restitución a los Estados Unidos Mexicanos formulado por la progenitora respecto de su hija menor si los estados partes del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias rigurosamente particulares, no deberían abdicar de esa responsabilidad -contraída ante la comunidad mundial- al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores y no se ha justificado con la certidumbre exigible que la partida definitiva hacia Argentina contara con la anuencia previa o posterior de la progenitora -quien formuló una denuncia inmediata-, ni puede afirmarse que se esté en presencia de una negativa férrea de la niña a volver a ese país y tampoco que se esté ante la excepción de grave riesgo.

-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La sentencia dictada por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, admitió el pedido de restitución a los Estados Unidos Mexicanos, formulado por la progenitora respecto de la hija menor de las partes, C.B.

Contra dicho pronunciamiento, el padre demandado dedujo el recurso extraordinario de fs. 203/217, concedido a fs. 236.

-II-

La apelación resulta formalmente procedente, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario), de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Nº 26.061); al tiempo que la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende

sustentar en las predichas regulaciones (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Consecuentemente, el análisis no se encuentra restringido a los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida, la íntima conexión de los aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, y la generalidad que exhibe el auto de concesión del recurso extraordinario, tornan razonable una revisión integral del asunto traído a esta instancia.

-III-

En base a las potestades que confieren al Ministerio Público los arts. 25, inc. g), y 26 de la ley 24.946, en el marco del art. 120 de la Constitución Nacional, esta Procuración General ha cursado un oficio a la Autoridad Central nacional, de cuyo contenido y resultado dan cuenta las constancias que acompaña en este acto.

Sin perjuicio de que V.E. sustancie previamente dicha pieza con el recurrente o requiera a su respecto las medidas que entendiere pertinentes, ante la existencia de cuestión federal y ponderando las características de la situación que trasciende del expediente, dejaré expresada mi opinión en este estado.

-IV-

En esa tarea, cabe advertir ante todo que el litigio estaría regido por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo (CIDIP IV), aprobada por la ley 25.358 (v. su art. 34).

Sin embargo, tanto el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, como la CIDIP IV, satisfacen las directivas del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante cláusulas sustancialmente coincidentes (Fallos: 328:4511 y 334:1287; v. punto IV de los respectivos dictámenes de esta Procuración, a los que remitió V.E.).

Desde esa perspectiva, resulta pertinente aplicar los criterios generales elaborados en torno al Convenio de 1980, en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños, se alinea –insisto– la CIDIP IV.

-V-

A partir de dicha premisa, considero que el conflicto encuentra respuesta en los conceptos que esta Procuración y V.E. han venido sosteniendo en la materia, de modo que he de remitirme a los estándares interpretativos vastamente aplicados en la

jurisprudencia de esa Corte, para aconsejar el rechazo del recurso interpuesto (v. esp. Fallos: 333:604; 334:913; 334:1287; 334:1445; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, *in re* “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013).

Sin perjuicio de ello, corresponde sintetizar aquellas pautas que contribuirán al análisis de las circunstancias fácticas relevantes del caso: (i) las disposiciones del Convenio de 1980 han de interpretarse teniendo en cuenta su objetivo fundamental, cual es el restablecimiento del *statu quo ante*, mediante la rápida devolución del niño trasladado o retenido ilícitamente (art. 1º); (ii) las hipótesis de denegación poseen carácter excepcional, por ende, riguroso; (iii) las defensas articuladas por la parte demandada deben someterse a escrutinio estricto; (iv) la concurrencia de los supuestos de excepción, debe ser demostrada por el presunto captor; (v) aun cuando el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...” (Fallos: 318:1269 [consid. 14]), el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito (cp. art. 3º de la ley N° 26.061, como el art. 3º de su Decreto reglamentario N° 415/2006); (vi) si el trámite de restitución se inicia antes de cumplido el año desde el traslado o retención, la integración al medio no puede alegarse como motivo de oposición autosuficiente, ni excusa el cumplimiento urgente de la devolución, a menos que se compruebe alguna de las circunstancias eximentes explícitamente reguladas (art. 12, primera parte); (vii) a los fines del art. 12, la interposición posterior de la acción judicial no resta virtualidad a la apertura del dispositivo convencional efectuada, dentro del año, ante la respectiva Autoridad Central; (viii) la aceptación del traslado o retención del niño por parte del progenitor desasido puede verificarse tácitamente, pero debe ser inequívoca; (ix) la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores; (x) la excepción del art. 13 (penúltimo párrafo) está supeditada a la concurrencia de una verdadera oposición del niño, entendida como un repudio irredimible a regresar al lugar de la residencia habitual; (xi) admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio frente a la simple resistencia del sustractor a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de

la voluntad unilateral de la parte demandada; (xii) las autoridades del Estado de refugio sólo están habilitadas para tratar la procedencia del retorno, no así para dilucidar quién de los padres se encuentra en mejor situación para ejercer la guarda; (xiii) el progreso de la demanda no implica una modificación de las titularidades jurídicas o del ejercicio de la guarda, sino sólo el reintegro a la jurisdicción competente, donde deberá resolverse en definitiva; (xiv) la obligación de restituir no supone una negación de los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que los Estados signatarios han interpretado que –en la singular emergencia de una sustracción internacional– el mejor interés del niño es la restitución.

A la luz de estos principios, se examinará el presente caso.

-VI-

Los principales elementos que deberían tenerse presentes para una mejor comprensión del problema, pueden sintetizarse como sigue: (i) La niña C.B. G. nació el 23 de agosto de 1999, en la ciudad de Buenos Aires, fruto de la unión entre C. del C. F. y T.R.G. (v. fs. 10); (ii) en el año 2000, la pareja se disolvió; (iii) en junio de 2003, la Sra. F. emigró a México, en función de una oferta laboral de la cadena hotelera para la que trabajaba; (iv) sobre esa base, ambas partes acordaron que –una vez asentada la madre en México– el Sr. G. llevaría a C.B. para reunirse con aquella; (v) con ese trasfondo, se plasmó una autorización de viaje, fechada el 3 de marzo de 2003 (v. fs. 50 primer párrafo y fs. 248/250); (vi) C.B. llegó a México cuando contaba con cuatro años de edad (diciembre de 2003); (vii) aunque separado de la Sra. F., el progenitor también se estableció en dicho país; (viii) en abril de 2009, C.B. revestía la condición de residente –renovable anualmente y válida hasta abril de 2010–, con el objeto de “...vivir al lado y bajo la dependencia económica de su madre...” (v. fs. 50 segundo párrafo y certificación de la autoridad migratoria glosada en copia a fs. 16); (ix) C.B. se afincó durante cinco años y medio en la localidad de Los Cabos –Estado de Baja California Sur–, donde se encontraba escolarizada y contaba con seguro de salud (v. fs. 26/28 y 50 tercer párrafo); (x) en agosto de 2009, el Sr. G. partió junto a C.B. con destino a Buenos Aires (v. esp. fs. 128 y 252); (xi) el 23 de agosto de 2009, la actora se enteró concretamente de los alcances de la situación (v. fs. 50 vta.); (xii) la demanda restitutoria (en el sentido del art. 30), cursada por la Autoridad Central mexicana a su par argentina, fue recibida por ésta con fecha 15 de enero de 2010 (v. informe referido

en el punto III).

-VII-

La litis se trabó sin contestación por parte del demandado. Entonces, entre otros hechos sostenidos en el escrito inicial, quedó aceptado que la madre no autorizó siquiera una visita a Argentina, a la que se había opuesto. Tampoco se controvirtió que la Sra. F. ignoraba no sólo los pormenores sino la realización misma del viaje, ocurrido en ocasión de unas vacaciones que debían transcurrir en suelo mexicano (v. fs. 50 y vta.).

El silencio del Sr. G. a ese respecto, se ha mantenido en esta instancia. De tal manera, más allá de lo que se dirá en el punto VIII (acápite i), puede inferirse que la salida del país no contó con la anuencia materna.

Asimismo, en el contexto de los antecedentes recolectados en autos y según lo dispone el art. 356 del CPCCN, debe tenerse por reconocida la autenticidad de la documentación agregada a fs. 10/28, que –por lo demás– no requiere legalización ni formalidades análogas, en tanto fue girada por conducto de las Autoridades Centrales (arg. art. 23).

De otra parte, al constituirse el proceso, el progenitor no desconoció que la madre fuese titular de derechos de custodia, en los términos convencionales. Empero, transcurrido el pleito, se introdujo una nueva versión en el sentido de que la niña no vivía con su madre.

Por de pronto, ese relato contrasta con la instrumental transmitida por la Autoridad Central mexicana, según la cual la condición migratoria de C.B. vigente en el momento del desplazamiento, suponía “... vivir al lado y bajo la dependencia económica de su madre...” (el subrayado me pertenece; v. acápite (viii) del punto VI). Tampoco encuentra respaldo en las poco claras descripciones de la hija, quien en su momento expresó que en México habitaba con el Sr. G., más tarde manifestó que así lo hizo desde la separación de los progenitores, y últimamente refirió al Sr. Defensor Oficial ante esa Corte que “... su padre ... al terminar su jornada laboral se ocupaba tanto de ella como de su hermanita ... mientras su madre trabajaba...” y que “... ella iba al colegio jornada doble, siendo su padre quien se ocupaba de llevarla y luego de retirarla, con el permanecía hasta la medianoche que su madre regresaba de trabajar, solo compartía con aquella los días de descanso o no laborables de esta...” (*sic*; v. fs.

105, 129, 256 vta. y 260 vta. *in fine/261 supra*).

La consideración integral de los elementos de juicio que acabo de repasar, deja sin asidero a la hipótesis de la guarda paterna exclusiva, en tanto muestra una situación en la cual la hija pernoctaba con la demandante, quien además tiene en su poder documentación esencial para el manejo cotidiano de un niño, como son el carnet de salud y las constancias escolares pertinentes.

De tal suerte, aun cuando el Sr. G. también se habría encargado activamente de C.B. durante los días en los que la Sra. F. trabajaba, acompañándola desde que salía de la escuela hasta que la madre terminaba su horario laboral, difícilmente pueda pensarse que la niña viviese efectivamente con alguien que no fuera su madre. Reparemos solamente en que, de adherir por un momento a aquel relato, pierde sentido la radicación de la hija en Los Cabos, siendo que la conexión con México provenía exclusivamente de la Sra. F., quien –según ahora pretende el recurrente– no la tenía a cargo.

Luego, la alegación sobre el punto se reduce a una mera manifestación de parte que, reitero, se introdujo extemporáneamente, no se aviene a las constancias documentales del expediente, y carece de sustento fuera de los imprecisos datos proporcionados por C.B.. Es que el interesado no se ha ocupado siquiera de aclarar su tardía postura, ni de aportar un mínimo marco fáctico que la sustente. Con ello, su agravio deviene absolutamente dogmático –por lo mismo, inatendible–, sobre todo en el contexto hermenéutico estricto propio del Convenio de 1980.

A partir de los predichos datos fáctico-jurídicos y en orden a lo dispuesto por el art. 3, puede extraerse una primera conclusión acerca del carácter ilícito del desplazamiento, puesto que inmediatamente antes de la salida inconsulta hacia Argentina, C.B. vivía bajo la custodia de su madre en el Estado de Baja California Sur, cuyo régimen familiar no se ha puesto en discusión.

Párrafo aparte merece la invocación del supuesto deseo de la propia niña de viajar a la República, como factor idóneo para alterar el carácter irregular del traslado.

A ese respecto, observo que dicho argumento no se sometió a la consideración de los jueces de la causa, sino que fue introducido recién en esta instancia por el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte.

Por otro lado, el Sr. G. y C.B. narran que ésta vino a Buenos Aires en la

convicción de que lo hacía por un tiempo acotado, a causa de la enfermedad de la abuela paterna o de su fallecimiento. En esto los involucrados aportan, una vez más, datos ambiguos (v. esp. fs. 128, 258 segundo párrafo y 261 primer párrafo). Aseveran, además, que la niña quería volver a México; tanto, que habría llegado con su padre hasta el aeropuerto de Ezeiza, donde se habrían percatado de la insuficiencia de la autorización de viaje. Así las cosas, y más allá de las contradicciones que exhibe la postura del demandado, no está probado que la aspiración primigenia de C.B. haya sido mudarse a la República.

Finalmente, y aun considerando por hipótesis que el designio de la hija haya sido ese, no existe en la causa ningún indicio que permita conjeturar siquiera la presencia de un anhelo irremisible de dejar México para no regresar; con lo cual, a la luz de la doctrina del art. 13, cuarto párrafo, aquel argumento está desprovisto de toda eficacia en el plano convencional (v. puntos V [acápite (x)] y VIII [acápite ii.- “b”]).

-VIII-

Aunque los ejes centrales del recurso encuentran satisfacción en lo que llevo dicho hasta aquí, creo prudente profundizar algunas cuestiones.

i.- Consentimiento anterior y aceptación posterior de la madre.

No debatidos los hechos invocados en el escrito introductorio y dada la perspectiva estricta con que, reitero, debe valorarse lo relativo a la autorización del progenitor desasido, entiendo que no es posible atribuir el carácter de una expresión de voluntad anticipada –subsistente, en tanto no se revocó– al poder amplio extendido seis años antes en esta ciudad; máxime cuando ese instrumento tiene directa conexión con la implementación de la mudanza hacia México.

Igual juicio me merecen las actitudes de signo equívoco de las que se acusa a la Sra. F., tales como no viajar a Argentina para llevarse a su hija, o no iniciar un régimen de contacto, o indicarle a C.B. que no volviera a comunicarse telefónicamente, episodio este último que –además– se reduce a una mera manifestación de parte.

En cualquier caso, el padre no logra solventar la inconsistencia de su relato en cuanto a que sólo lo movió a viajar la enfermedad (o el deceso) de su madre, y que su propósito era volver a México, objetivo que habría sido truncado por la propia actora al no extender una nueva autorización ni venir a buscar personalmente a C.B. Tal

explicación resultaba imprescindible, sobre todo porque esa tesis se ve ampliamente desmentida por las distintas gestiones realizadas por la Sra. F. en punto a obtener el retorno. A ese respecto, la afirmación de la hija, avalada por el demandado, en cuanto a que “... como su papá no pudo regresar a México no quiso regresar ella sola, ni tampoco que su madre viniera a buscarla...” (v. fs. 128 y fs. 214 vta., segundo párrafo), es sumamente significativa, pues pone en crisis a la narrativa propuesta en el recurso.

Vale decir, entonces, que no se ha justificado con la certidumbre exigible, que la partida definitiva hacia Argentina contara con la anuencia previa o posterior de la progenitora, quien formuló además una denuncia *inmediata* (fs. 50 vta., cuarto párrafo –art. 356 CPCCN–) e inició y sostuvo los trámites de devolución con una razonable presteza (v. informe referido en el punto III).

En ese contexto, y atendiendo al tenor manifiesto que debe presentar la actitud parental para configurar una autorización en el sentido convencional, estimo que de aquellas imprecisas circunstancias, no puede extraerse una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento materno.

ii.- *Audiencia de C.B.*

(a) Cumplimiento del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta Procuración General ya tuvo oportunidad de expedirse acerca de la doctrina de dicha cláusula y de la interpretación contextual del art. 27 de la ley 26.061 (v. dictamen emitido en los autos S.C. M. N° 394, L. XLIV, “M., G. c/P., C.A. s/tenencia de hijos”, al que V.E. adhirió en su sentencia del 26 de junio de 2012, distinguiendo el asunto del supuesto de Fallos: 333:2017).

Creo que, atento a las características del problema que aquí se ventila, sus consideraciones bastan para contestar el agravio sobre el punto, por lo que me limitaré a agregar unas pocas observaciones, que encuentro especialmente atinentes al conflicto de autos.

La primera, es que el progenitor no ha demostrado la necesidad de proceder, en este litigio en particular, a la provisión oficiosa de una asistencia letrada para C.B., como sí la hubo en el citado precedente de Fallos: 333:2017, en el que mediaba una denuncia de abuso sexual entre los progenitores.

La segunda –más allá de que, a mi ver, la delicada cuestión del abogado

del niño debe examinarse en cada caso concreto-, es que hay aquí una variable de apreciación previa, como es que C.B. no desea presentarse con asesor letrado. A ese respecto, el Sr. G. se limita a argüir genéricamente con una supuesta falta de información de C.B. acerca de la posibilidad de contar con patrocinio, argumento que cae prontamente no bien se advierte que recientemente el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte la indagó sobre el particular, con resultado negativo (v. fs. 256 vta.).

Paralelamente, el apelante invoca el obstáculo que conlleva la ausencia de asistencia técnica para la aportación de pruebas por parte de la hija, mas no individualiza esos elementos. No precisa, en efecto, en qué podrían consistir las defensas y probanzas puntuales que C.B. se habría visto impedida de producir, ni qué hallazgos hubiesen surgido de ella, ni en qué medida éstos habrían de alterar el sentido de la respuesta jurisdiccional.

Las deficiencias antedichas, dejan indeterminada la relación directa entre el agravio y la cláusula federal que se dice vulnerada, por lo cual la apelación tampoco llena la exigencia que para este remedio de excepción impone el art. 15 de la ley 48.

(b) La opinión de C.B. (art. 13, cuarto párrafo).

En razón de su finalidad específica, el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irredimible a regresar (v. dictámenes de Fallos: 333:604 [en especial puntos X (6) y XIII y sus citas] y Fallos: 334:913 [en especial punto X, quinto párrafo]; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, *in re* "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", del 21 de febrero de 2013, consid. 15).

Estimo que las constancias de autos no permiten extraer una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir el regreso. Por el contrario, en base a los criterios que sinteticé en el punto V y parafraseando al dictamen emitido *in re* S.C. G. N° 129, L. XLVIII, pienso que desde el enfoque ciertamente diferenciado en el que debemos situarnos, no podemos considerar a nuestro país como un núcleo existencial que deba recibir aval jurisdiccional, en tanto vino a suplantar ilícitamente al

centro de vida constituido regularmente en México. Tampoco estamos en presencia de una negativa férrea de la niña a volver a ese país, con las características requeridas por V.E. para tener por configurada la eximente del art. 13, párrafo cuarto. Antes bien, como surge claramente de fs. 105, 128, 129 último párrafo y 253/264, la postura de C.B. no importa una resistencia cerrada a retornar a México, sino que apunta a la marcada preferencia que tendría en cuanto a vivir con el Sr. G.

Vuelvo a recordar que el demandado sostiene, al igual que su hija, que ambos quisieron retornar a Los Cabos, y tropezaron en el aeropuerto con un defecto en la respectiva autorización de viaje. Empero, matiza la situación aduciendo que la Sra. F. no colaboró para remover ese obstáculo. Este suceso, lejos de tener la repercusión que le atribuye el recurrente, comporta un reconocimiento tanto del lugar de la residencia habitual, como de la actitud de la joven respecto del país requirente que, a mi ver, en modo alguno puede calificarse como una repulsa irredimible.

iii.- Grave riesgo (art. 13, inc. b).

(a) Situación intolerable, en función del nuevo desarraigo.

Esta Procuración es consciente de que, en este arduo problema de la sustracción internacional, los principales afectados –que, a no dudarlo, son los niños– difícilmente puedan librarse de padecer preocupación, temor y dolor, sobre todo cuando el proceso se dilata, apartándose de la urgencia impuesta en el art. 11 (v. punto VI, cap. i.- (b), del citado dictamen S.C. G. N° 129, L. XLVIII).

Precisamente por eso y en concordancia con los lineamientos reseñados en el punto V, resulta igualmente necesario no perder de vista que la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres; situación extrema de la que no nos advierte ninguna de las intervenciones realizadas en la causa, ni puede inferirse siquiera de los antecedentes que tengo a la vista.

(b) Hechos violentos.

Este organismo viene poniendo especial énfasis en “...el modelo de abordaje específico que la complejidad de la violencia familiar reclama, y ha llamado la atención sobre la responsabilidad internacional que, también en esa esfera, compromete al Estado argentino (ley n° 26.485; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada mediante la ley n° 23.179;

Recomendación General de las Naciones Unidas [Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer – CEDAW] n° 19, esp. puntos 6, 19, 23, 24 incs. “b”, “i”, “k”, “l” y “r” acáp. “v”; y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada mediante la ley n° 24.632...”. También ha reconocido expresamente que “[l]as cuestiones planteadas en torno a dicha materia son indudablemente delicadas, máxime cuando confluyen con estas otras, que también tocan aspectos profundos de la condición humana” (v. Fallos: 334:1445 y S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”).

Aun a la luz de esos lineamientos, estimo que en este caso tampoco puede tenerse por acreditado un proceso de violencia familiar que obste a la restitución de la niña.

Es cierto que C.B. ha apuntado que la madre “... le pegaba, pues se ponía nerviosa por cualquier cosa”, que “... pelea mucho, critica todo lo que ella hace y le pega... que por esa razón quiere vivir con su papá...” y que “... perdía la paciencia rápidamente y solía maltratarla” (v. entrevistas volcadas a fs. 128/129 y 261). También lo es que este tipo de datos no debe tomarse a la ligera.

No obstante, no se ha detallado ninguno de esos episodios, ni la secuencia que los enlazaría. A su vez, frente al traslado de la demanda, el padre guardó silencio sobre ese crucial aspecto. Sólo más tarde se refirió genéricamente al tema de la violencia doméstica y, al singularizarlo, se limitó a remitirse a los dichos de la hija. La apelación federal vuelve a omitir una denuncia concreta del tenor de dichas agresiones, que correspondía formular en orden a la suficiencia del recurso.

Así las cosas, juzgo que no procede rehusar la restitución en base a la excepción de grave riesgo; sin perjuicio de recomendar muy especialmente que, en suelo mexicano, se haga el seguimiento del caso y se analice en profundidad la índole de la relación materno-filial, adoptando las medidas que fueren menester para el resguardo efectivo de C.B..

(c) Negativa del padre.

A fs. 262, último párrafo, el Sr. Defensor ante esa Corte nos anoticia de que el Sr. G. “... no está dispuesto a regresar a México...”, aseverando más adelante que la orden de restitución “... solo reflejará para [C.B.]... la posibilidad de perder a su padre...” (*sic*; v. fs. 263).

A mi ver, esas imprecisas referencias, no planteadas ante el tribunal de la causa por el propio interesado, con el respaldo serio de algún fundamento conducente, resultan inadmisibles en esta instancia de excepción.

A la inversa, aquellos comentarios dejan al descubierto la falacia que encierra el razonamiento en el que se basa el recurrente. Esto es así porque C.B. ha manifestado que volvería voluntariamente a México si así lo hiciese su padre. Ergo, el demandado ha venido a constituirse en árbitro del problema, de modo que con sólo adoptar una actitud prescindente, cancela cualquier posibilidad de cumplimiento de la condición.

En concordancia con el criterio reseñado en el punto V, acápite (xi), considero que este tipo de conductas no merece el aval institucional. De lo contrario, todo el mecanismo creado para combatir el desplazamiento transfronterizo de niños, quedaría –insisto– a merced del designio unilateral del sustractor.

(d) En función de los elementos de juicio analizados, dado que C.B. deberá regresar a un lugar en el que pasó la mayor parte de su vida en condiciones legítimas, en un contexto en el que no aparece configurado el riesgo de connotaciones rigurosas al que se refiere el Convenio de 1980, estimo que no corresponde rechazar la petición de autos.

En tal sentido, conviene reiterar que la restitución no juzga acerca de la modalidad con la que ambas partes habrían regulado, aunque informalmente, el ejercicio de la responsabilidad parental. Entonces, el Sr. G. –quien, como dijimos, ni siquiera ha invocado oportunamente, ni justificado la imposibilidad de volver junto a su hija a México, o de ejercer allí su derecho de defensa–, estaría en condiciones de dar continuidad a ese esquema, sin perjuicio de reclamar la exclusividad ante los jueces de ese país, de cuyo territorio no debió remover a su hija sin la anuencia efectiva de la madre.

-IX-

Por lo expuesto, dado que la alegación genérica del beneficio del niño no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución (v. esp. Fallos: 318:1269, consid. 18), opino que la apelación no debe progresar.

Es que los Estados partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias rigurosamente particulares, no deberían abdicar de esa responsabilidad –contraída ante la comunidad mundial–, al abrigo de

hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores.

En ese orden, conviene recordar aquí que el Convenio de 1980 tiene como premisa que el bienestar del infante, víctima del fraude, se alcanza volviendo al estado de cosas anterior al acto de turbación, de manera que preserva su mejor interés –proclamado como *prius jurídico* por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño–, mediante el cese de la vía de hecho.

También creo importante sumarme a la preocupación que este Ministerio Fiscal y V.E. vienen expresando en este campo, haciendo extensiva al caso la recomendación de que ambos padres sostengan a su hija con el mayor de los equilibrios, eviten su exposición psicológica y den pronto cumplimiento a la restitución con una actitud ponderada de acompañamiento.

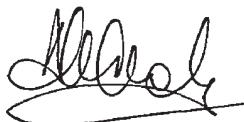
En esa misma línea, aun cuando –repite– las alusiones a supuestas dificultades en el terreno de la violencia doméstica carecen, en estos autos, de idoneidad para configurar una causal de exención, considero que la Autoridad Central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectivos, de seguimiento y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el regreso como el proceso de readaptación en territorio mexicano, transcurran –en lo posible, con la presencia de su padre– del modo más respetuoso a la condición personal de C.B. y a la especial vulnerabilidad que deviene de la etapa vital por la que atraviesa (Fallos: 334:1287 [consid. 7º a 9º] y 334:1445 [consid. 3º]; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012 [consid. 3º a 5º]; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, *in re* “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013 [consid. 20º y 21º]; v. asimismo punto VIII, acápite iii (b) *in fine*).

Por último, propongo que el texto de la sentencia a dictarse se ponga en conocimiento de la Autoridad Central, de la forma que esa Corte entendiere adecuada, con miras a una inmediata comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

-X-

En tales condiciones, opino que el recurso extraordinario debe rechazarse, sin perjuicio de que V.E. escuche previamente a C.B., de estimarlo pertinente.

Buenos Aires, *18* de marzo de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *21 de mayo de 2013.*

Vistos los autos: "F., C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo".

Considerando:

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

Por ello, oído el señor Defensor Oficial ante esta Corte y

de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los progenitores de la menor en los términos del 4º párrafo del punto IX del dictamen. Igual exhortación cabe dirigir al juez de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para la -//niña y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos. Notifíquese, comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina, a los efectos de que actúe de conformidad con lo expresado en el 5º párrafo del punto IX del citado dictamen. Devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por: R. T. G. por su propio derecho y en representación de su hija menor C. B. G., representado por la Dra. Indiana E. Pena.

Tribunal de origen: Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 25.

FRENTE CÍVICO Y FEDERAL UCR - CONFE EN Jº 607 NAMAN,
MARÍA ALEJANDRA S/ FORMULA RESERVA S/CAS.

AUTO DE CONCESION

Cabe dejar sin efecto el pronunciamiento del a quo que volvió a admitir el recurso extraordinario -luego de haberse anulado el auto de concesión anterior-, concediéndolo además por gravedad institucional, no obstante de haber enfatizado en su anterior intervención que ella no constituía una causal autónoma de procedencia del recurso, pues dicha decisión demuestra un manifiesto desinterés en acatar las decisiones del Tribunal que implica un desconocimiento de la superior autoridad de la que está institucionalmente investida.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema en una causa correspondiente a su jurisdicción, comporta lo conducente a hacerlas cumplir.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *Veintiuno de mayo de 2013*

Vistos los autos: "Frente Cívico y Federal U.C.R. - CONFE en Jº 607 'Naman, María Alejandra s/ formula reserva s/cas'".

Considerando:

1º) Que, con fecha 15 de mayo de 2012, esta Corte declaró la nulidad de la resolución que había concedido el recurso extraordinario, en razón de la patente inobservancia del recaudo de fundamentación exigido en reiterados y conocidos precedentes del Tribunal (Fallos: 310:2122 y 2306; 315:1589, entre otros). En particular, se subrayó en dicha ocasión que la corte local (fs. 198), pese a desechar la presencia de un supuesto de arbitrariedad que diera lugar, con base en la doctrina de esta Corte, a una cuestión federal como la invocada por la recurrente, había considerado que la apelación federal era procedente bajo la genérica invocación de que en el caso se presentaba un supuesto de gravedad institucional, sin precisar de qué manera la decisión recurrida podría motivar el conflicto de poderes que anunciaba la peticionaria, además de que desconocía de tal modo

el riguroso principio establecido por la Corte de acuerdo con el cual la presencia de aquella situación no constituye una causal autónoma de procedencia del recurso.

2º) Que en el nuevo pronunciamiento de fs. 235/238 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza consideró admisible el recurso en base a los siguientes argumentos:

-"*...las alegaciones de la recurrente denuncian una situación de indefensión en que pretendidamente se ha colocado a su parte en este proceso (art. 18 de la Constitución Nacional); esa invocación resulta en principio suficiente para justificar la concesión del recurso extraordinario que se analiza...;*"

-"*...el planteo cuya admisibilidad formal se analiza, se insertaría en la hipótesis prevista en el art. 14 inc. 3º de la ley 48, dado que la solución que se dictó en contra de la posición de la recurrente, efectuó una interpretación de normas de carácter provincial (arts. 56, 87 y 159 de la Constitución Provincial) en posible pugna con otras de naturaleza supraconstitucional...;*"

-"*Las circunstancias previamente reseñadas se conjugan con la alegación de gravedad institucional que justifica, excepcionalmente, la admisión formal de este tipo de recurso. En el caso, la denuncia es atendible desde que, lo que en esta causa en definitiva se decida, tendrá estricta incidencia en la composición de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia y de los Concejos Deliberantes de los Departamentos inmersos en el conflicto; naturalmente, el impacto que una decisión en tal sentido produzca, trascenderá de lo meramente individual o partidario...".*

3º) Que esta transcripción demuestra que el tribunal a quo ha desoído el enfático mandato impuesto en el anterior pronunciamiento anulatorio de esta Corte (fs. 211/213), pues reincide en omitir la realización de un juicio fundado de admisibilidad en la medida en que se limita a enunciar parcialmente los agravios de la recurrente, pero prescinde de todo examen -categórico y circunstanciado- sobre si cada uno de los

motivos invocados cuenta con fundamentos suficientes para dar sustento a un supuesto de la arbitrariedad que se pregoná.

4º) Que ello luce evidente, tan pronto se advierta que el recurrente ha tachado de arbitrario al fallo apelado, sobre la base de haber omitido la consideración de cuestiones sustanciales oportunamente planteadas y conducentes para la solución del pleito [*"La sentencia elude el tratamiento de la cuestión (...) relativa a la falta de definitividad de la resolución recurrida"*; *"(...) la cuestión del plazo de interposición del recurso"* y *"(...) la cuestión relativa a la ausencia de crítica de la argumentación central de la resolución recurrida"*] (fs. 160; 165 y 165 vta.); y de que incurrió también en incongruencia objetiva por exceso de fundamentación, al prescindir del examen del escrito de interposición del recurso local, deformando lo pedido por el recurrente (fs. 165 vta.).

Todas estas cuestiones no han merecido ninguna clase de examen por parte del tribunal a quo, que se limitó a afirmar –por un lado– que la denuncia del estado de indefensión es suficiente para la concesión del recurso, y que la concurrencia de la hipótesis prevista en el art. 14, inc. 3º, de la ley 48 se verificaría por encontrarse la interpretación de las normas provinciales en posible pugna con diversas cláusulas de tratados internacionales.

5º) Que pese a la intervención anterior de esta Corte, en la cual se precisaron las necesarias pautas de fundamentación que debían ser respetadas para conceder el recurso extraordinario según tradicional doctrina del Tribunal, ello no ha sido suficiente para que los jueces del superior tribunal local extremen el rigor en el examen del asunto.

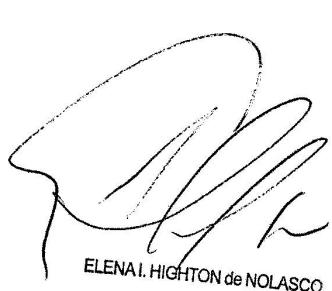
6º) Que a ello se suma que el recurso extraordinario fue nuevamente concedido por entenderse que se estaba frente a un supuesto de gravedad institucional, cuando este Tribunal enfatizó en su primera intervención (considerando 7º) que aquélla, aún de concurrir, "...no constituye una causal autónoma de proce-

dencia del recurso, y sólo facultaría a este Tribunal para prescindir de ciertos recaudos formales frustratorios de su jurisdicción extraordinaria, pero no para tomar intervención en asuntos en los que no se ha verificado la presencia de una cuestión federal".

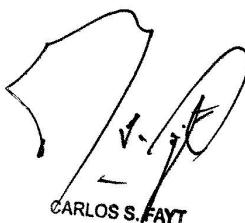
7º) Que las circunstancias expuestas demuestran un manifiesto desinterés en acatar las decisiones del Tribunal que, ciertamente, implica un desconocimiento de la superior autoridad de la que está institucionalmente investida la Corte Suprema (Fallos: 212:51).

8º) Que el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por esta Corte Suprema en una causa correspondiente a su jurisdicción, comporta lo conducente a hacerlas cumplir (Fallos: 264:443), por lo que corresponde nuevamente dejar sin efecto lo resuelto.

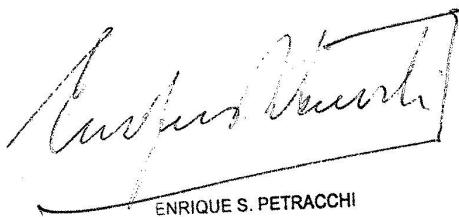
Por ello, se resuelve: Dejar sin efecto la resolución de fs. 235/238 y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva decisión con arreglo a la presente. Notifíquese y devuélvase.



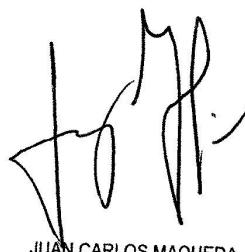
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por el Partido Justicialista -Distrito Mendoza-, representado por la doctora Miriam Nelly Gallardo, en su calidad de apoderada, con el patrocinio letrado del doctor Efraín I. Quevedo Mendoza.

Traslado contestado por Frente Cívico Federal UCR CONFE, representado por los doctores Jorge Albarracín y Néstor Marcelo Parés, en su calidad de apoderados.

Tribunal de origen: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Primera.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Honorable Junta Electoral de la Provincia de Mendoza.

ADRIANA REISFELD, DIANA WASSNER Y JORGE LEW S/QUEJA POR

RETARDO DE JUSTICIA EN AUTOS: 'GALEANO, JUAN JOSÉ' S/CAUSA N° 8987

RETARDO DE JUSTICIA

Frente al fundado reclamo del interesado y la desaprensiva actuación del tribunal a quo demostrada en la dilación -más de cinco (5) años- de dar, en forma oportuna, el adecuado cauce legal a las actuaciones, se configura un verdadero supuesto de retardo de justicia, que afecta la garantía constitucional de defensa en juicio que incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, por lo que -con arreglo a lo dispuesto por el art. 24, inc. 5º, del decreto-ley 1285/58-, corresponde emplazar a los magistrados que integran la sala para que en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibida esta incidencia le impriman el trámite previsto al respecto en el Código Procesal Penal de la Nación y la resuelvan a la brevedad.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *22 de mayo de 2013.*

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el presentante denuncia ante esta Corte que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal estaría incurriendo en retardo de justicia al no haber resuelto aún el recurso de casación deducido en la causa n° 9789/00 del Juzgado Federal n° 4 de la Capital Federal, el cual ingresó a aquel tribunal el 10 de diciembre de 2007 luego de ser concedido el 18 de septiembre de ese mismo año por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala "ad hoc", quedando registrado con el n° 8987 y caratulado "Galeano, Juan José s/ recurso de casación".

2º) Que ante un pedido de informe requerido por la Corte sobre los antecedentes de la causa invocados por el denunciante, la Sala II de la Cámara Federal de Casación elevó copia de las actuaciones cumplidas ante su instancia e hizo saber que el 21 de marzo de 2013 había sido desinsaculado para integrar el tribunal el juez Mariano Borinsky, quien se excusó al día siguiente. La excusación –conforme se certificó– fue aceptada el 8 de abril de 2013, siendo sorteado como nuevo juez Juan Carlos Geminiani.

3º) Que de las constancias documentales acompañadas surge que desde que ingresó el recurso en la Cámara de Casación en el año 2007 hasta abril del corriente año, su tratamiento ha sido postergado por las sucesivas excusaciones y dificultades en la integración de la sala pertinente sin que en ello a las partes les corresponda responsabilidad alguna.

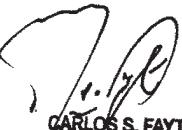
4º) Que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, la garantía constitucional de defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (Fallos: 287:248; 289:181; 305:913, entre muchos otros), pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan. En la hipótesis, dicho plazo está reglado expresamente por el código de forma, que como quedó antes demostrado, no ha sido debidamente observado.

5º) Que, en esas condiciones, frente al fundado reclamo del interesado –letrado apoderado de la parte querellante– y la desaprensiva actuación del tribunal a quo demostrada en la dilación –más de cinco (5) años– de dar, en forma oportuna, el adecuado cauce legal a las actuaciones, se configura aquí un verdadero supuesto de retardo de justicia (conf. doctrina de Fallos: 310:1762; 322:663; 323:747; 324:1944; 328:4615, entre otros).

6º) Que, en consecuencia, toda vez que la situación

ocasionada por la demora incurrida afecta la garantía de raigambre constitucional, precisada en el considerando 4º de la presente, con arreglo a lo dispuesto por el art. 24, inciso 5º, del decreto-ley 1285/58, corresponde emplazar a los magistrados que integran la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y en la causa de referencia, para que en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibida esta incidencia le impriman el trámite previsto al respecto en el Código Procesal Penal de la Nación y la resuelvan a la brevedad.

Por ello, se admite la denuncia de retardo de justicia y se ordena la remisión del expediente a la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal para que en el término de cuarenta y ocho horas de recibido, se imprima a la causa el trámite que prevé el Código Procesal Penal de la Nación y se dicte sentencia a la brevedad, la que deberá ser inmediatamente comunicada a esta Corte. Notifíquese al denunciante y remítase.

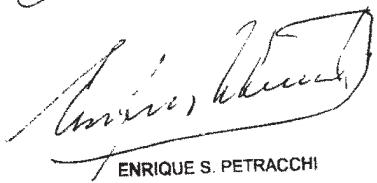


CARLOS S. FAYT



RICARDO LUIS LORENZETTI

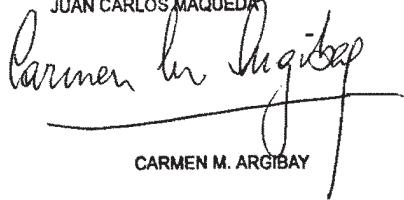
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Presentación efectuada por Adriana Reisfeld, Diana Wassner y Jorge Lew, representados por el Dr. Rodrigo Diego Borda.

**ADMINISTRACION NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(ANSES) C/ LA RIOJA, PROVINCIA DE. S/COBRO DE PESOS*****COBRO DE PESOS***

Corresponde hacer lugar a la demanda seguida por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) contra la Provincia de La Rioja a fin de obtener el cobro de una suma que le adeuda por distintas inversiones que realizó en el ex Banco de la Provincia de La Rioja si el crédito fue reconocido y admitido por el liquidador del ex Banco provincial -en ejercicio de las facultades que le confirió la ley local 5545- y fue la propia autoridad de aplicación la que lo incluyó dentro del especial régimen de consolidación a través de la Resolución N° 322 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la demandada y todo ello fue ratificado por el decreto 1023, por lo que no puede argüirse, para avalar la disposición anulatoria, defectos formales que no tienen virtualidad a ese fin.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GEBERAL

Suprema Corte:

-I-

Como expresé a fs. 33 y vta. la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) promovió demanda contra la Provincia de La Rioja con el objeto de obtener el pago de una suma de dinero que tenía depositada en el ex Banco de la Provincia de La Rioja y que se declare la inconstitucionalidad de los decretos provinciales F.E.P. 1865/06 y 239/07.

V.E. entendió, a fs.34, al compartir el dictamen de este Ministerio Público, que la causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación.

La ANSES sostiene que la deuda reclamada estaba expresamente reconocida por el Delegado Liquidador y por el Ministro de Hacienda de la provincia y que los decretos cuya inconstitucionalidad solicita, resultan nulos por incompetencia de la autoridad que los dictó —en tanto que, como los actos de reconocimiento de deuda habían generado un derecho subjetivo, sólo podían anularse por una acción de lesividad—, falsa causa, violación de la ley, ausencia de motivación válida, desvío de poder y vicio en el procedimiento.

Por su parte, al contestar el traslado de la demanda, la Provincia sostiene: a) la caducidad o preclusión de la acción por su interposición fuera de término; b) validez de los actos impetrados como nulos, c) la prescripción liberatoria y d) falta de acción sobre el total de la supuesta deuda, cuyo origen no puede ser demostrado ni documentado y contradicciones de los reclamos.

-II-

A mi modo de ver, estimo que en autos no se discuten cuestiones federales sobre las cuales deba emitir opinión sino, antes bien, corresponde el análisis sobre la existencia o no de la deuda reclamada —y en su consecuencia, la invalidez o no de los decretos locales— lo que dependerá exclusivamente del análisis y la valoración de las circunstancias de hecho y prueba que rodean la cuestión, materia propia de los jueces de la causa. Más aún y con carácter previo, deberán resolverse cuestiones procesales como la preclusión —de neto contenido local— y la prescripción —de derecho común—, excepciones oportunamente propuestas por la provincia demandada y cuyo tratamiento V.E. difirió para el momento de dictarse el pronunciamiento definitivo (fs. 107).

-III-

Expreso, por lo tanto, que en el presente no existen cuestiones federales que requieran una opinión de esta Procuración General, circunstancias que me eximen de dictaminar.

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2010.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *28 de mayo de 2013.*

Vistos los autos: "Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) c/ La Rioja, Provincia de s/ cobro de pesos", de los que

Resulta:

I) A fs. 14/31 la Administración Nacional de la Seguridad Social inicia la presente acción con fundamento en el decreto 2741/91 y en el art. 167 de la ley 24.421 contra la Provincia de La Rioja, a fin de obtener el cobro de la suma de \$ 52.897.204,24, con más sus intereses, que —según sostiene— le adeuda la demandada por distintas inversiones que realizó en su momento en el ex Banco de la Provincia de La Rioja.

Asimismo, solicita la declaración de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad del decreto local F.E.P. 1865/05 del Gobierno de la Provincia de La Rioja y su ratificadorio 239/07.

Explica que la Caja de Asignaciones Familiares para el Personal de la Industria efectuó diversas operaciones financieras en el ex Banco de la Provincia de La Rioja, entre las que destaca 10 imposiciones a plazo fijo vencidas y no cobradas; la adquisición de títulos circulatorios, en concreto 571 pagarés y asimismo un saldo favorable de la cuenta corriente que tenía en esa institución bancaria.

Relata que en el mes de julio de 1991 se dictó la ley local 5545 que dispuso la liquidación del Banco provincial y la creación del "Banco de La Rioja S.A."; como asimismo la asunción por parte del Gobierno del pasivo de la entidad financiera oficial que se liquidaba.

En ese contexto, según expone, el 29 de julio de 1991, el entonces Presidente de la Ex-Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria se dirigió al Delegado Li-

quidador del Banco de la Provincia y solicitó la restitución del monto total adeudado a ese momento, compuesto por A 488.415.678.259 de imposiciones a plazo fijo vencidas y no cobradas; A 72.089.736 de saldo de cuenta corriente y las sumas a valores nominales de A 489.792.506,42, A 46.048.093,63 y u\$s 807.955,02, correspondientes a la adquisición de pagarés: 89 de ENTEL, 481 del Banco Hipotecario Nacional y 1 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Detalla los trámites subsiguientes que culminaron el 24 de agosto de 2001 con la celebración de un acuerdo suscripto entre la ANSeS (representada por su Interventor) y la provincia (representada por el Director General de la Deuda Pública provincial), en el que se reconoció la deuda reclamada, la forma, plazos y medios de pago para su cancelación.

Indica que más tarde, el 1º de noviembre de 2002, el Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos de la demandada a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones pendientes, dictó la resolución 322 por la que dispuso consolidar la deuda actualizada al 31 de diciembre de 1999 con más sus intereses. Dicho reconocimiento fue ratificado por el decreto local 1023/02.

Sin embargo, sostiene, posteriormente esos actos fueron declarados inexistentes por medio de los decretos provinciales cuya declaración de nulidad persigue por medio de este proceso.

II) A fs. 75/84 se presenta la Provincia de La Rioja, opone excepción de prescripción y contesta la demanda.

Manifiesta que la ley local 1005 determina la forma en que debe actuarse ante la Justicia cuando se reclama por un acto administrativo y, que en el caso, resulta de aplicación su art. 8º, que fija en treinta días el plazo para recurrir la última resolución denegatoria. Considera que la actora promovió la demanda una vez que había vencido aquél, por lo que concluye que la acción se encontraba caduca a la fecha en que se inició,

y solicita que así se lo declare.

En caso contrario, propicia el rechazo de la demanda sobre la base de que la resolución 322 del Ministerio de Economía y Obras Públicas, así como su decreto ratificadorio 1023/02, –normas en las que se sustenta la demanda–, no contaban con los necesarios y previos dictámenes técnico-contables y jurídicos; extremos que configuran vicios que califica de “groseros” y que los tornaría inexistentes, tal como se determinó mediante el decreto provincial 1865/05 cuya nulidad pretende la actora.

Considera que por medio de aquellos actos declarados inexistentes a través del último decreto citado, se pretendió consolidar una deuda que no tenía suficiente respaldo documental y que a esa época estaba prescripta, situación que genera un daño severo a la hacienda pública de la provincia.

Destaca al efecto que la ley provincial 7112 y su decreto reglamentario 357, establecen que para lograr la consolidación de una deuda los titulares de derechos que hayan sido definitivamente reconocidos deben presentar la liquidación administrativa definitiva que cuente con la previa conformidad de los Organismos de Control interno del Ministerio de Hacienda y Obras Públicas y del Tribunal de Cuentas; y que, en el caso, tal como se desprende de la propia resolución 322 no se dio vista al Tribunal de Cuentas, extremo que impedía comenzar el proceso de Consolidación.

A todo evento esgrime que la acción se encuentra prescripta y así lo opone como defensa.

Argumenta al respecto que se pretende el cobro de tres presuntas deudas provenientes de plazos fijos, saldo de cuenta corriente bancaria y pagarés, que tienen formalidades y términos diferentes, pero que en todos los casos ha transcurrido el plazo de prescripción computable, por lo que la pretensión no puede prosperar.

III) A fs. 105/106 la actora contesta el traslado de la excepción de prescripción y solicita su rechazo. A fs. 107 se difirió su tratamiento para esta oportunidad.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que, como ha quedado expuesto, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) reclama el pago de la suma de \$ 52.897.204,24, con más sus intereses, que según arguye le adeuda la provincia demandada por distintas inversiones que realizó en el ex Banco de la Provincia de La Rioja.

Asimismo, solicita la declaración de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad del decreto F.E.P. 1865/05 del Gobierno provincial, y su ratificadorio 239/07.

Por su parte, la demandada niega estar obligada al pago, a cuyo efecto desconoce la existencia de la deuda y su monto. Opone la excepción de prescripción y la defensa que denomina de "preclusión" por haberse operado la caducidad de los plazos para ocurrir ante la justicia (fs. 14/31 y 75/84).

3º) Que, en primer término corresponde resolver el planteo referido a que la actora promovió la demanda en forma extemporánea.

Al efecto es preciso señalar que es criterio reiterado del Tribunal, que la competencia originaria de la Corte prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, no se encuentra subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales; no es susceptible de ser ampliada, restringida ni modificada por la reglamentación legal, por lo que el punto en análisis no puede prosperar (*Fallos: 311:872; 323:1206; 328:1442; 329:2680 y 331:183*, entre muchos otros).

4º) Que, establecido lo anterior, la inescindible vinculación que la materia principal guarda con la defensa de prescripción exigen tratar seguidamente el pedido de nulidad del decreto provincial F.E.P. 1865/05 y su ratificatorio 239/07.

5º) Que el 3 de julio de 1991 se sancionó la ley 5545 de la Provincia de La Rioja que dispuso la liquidación del Banco de la Provincia de La Rioja, la creación del Banco de La Rioja S.A. y la asunción del pasivo de la entidad financiera oficial, por parte del gobierno provincial (publ. B.O. 8867, del 12/7/91).

6º) Que de acuerdo con lo que surge del expte. nº 024-99-804640181-500 de la ANSeS, el 29 de julio de 1991 el Presidente de la entonces Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria, cursó una nota al delegado liquidador de la entidad bancaria y solicitó la restitución de las sumas que se le adeudaban al ente previsional por las distintas operaciones financieras que allí se describen (conf. fs. 18/20 del expte. citado).

Mediante la nota del 21 de agosto de 1991, el entonces delegado liquidador del Banco de La Rioja invitó a las autoridades de la ex-CASFPI, a remitir la declaración jurada de estilo con el fin de proceder al trámite de verificación correspondiente y, en su oportunidad, comunicarle la fecha y metodología de reintegro de las acreencias reclamadas.

Dos días después se labró la declaración jurada del caso —que suscribieron las autoridades correspondientes—, en la cual se hizo constar el detalle de los saldos de las cuentas corrientes y cajas de ahorro que tenía la CASFPI en el banco liquidado, la lista de certificados a plazo fijo que a la fecha se encontraban vencidos e impagos, y los pagarés de terceros adeudados (ENTEL, MCBA y Banco Hipotecario Nacional; conf. fs. 71 y 72/74 del expediente administrativo referido).

7º) Que el intercambio epistolar posterior entre los funcionarios de la Provincia de La Rioja y los de la Secretaría

de Seguridad Social y CASFPI, dan cuenta de la forma de pago en que iba a enfrentarse la deuda en función de las posibilidades económicas de la provincia, sin poner en ningún momento en tela de juicio la legitimidad de los créditos verificados (fs. 186/205 del expte. administrativo citado, en el que obra el Informe de Auditoría elaborado por la Sindicatura General de la Nación el 29 de enero de 2001).

8º) Que el 1º de noviembre de 2002 el Ministro de Economía y Obras Públicas de la Provincia, sobre la base de los antecedentes reseñados, dictó la resolución M.E. y O.P. 322 a través de la cual dispuso consolidar por la suma de \$ 52.897.204,24, al 31 de octubre de 1992, "la deuda que el Gobierno de la Provincia de La Rioja mantiene con la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS), por las operaciones crediticias realizadas en el Ex-Banco de la Provincia de La Rioja por la ex-Caja de Asignaciones y Subsidios Familiares para el Personal de la Industria (CASFPI)".

En esa resolución dispuso además que la deuda indicada sería actualizada al 31 de diciembre de 1999 a la tasa LIBOR más cuatro (4) puntos anuales, de conformidad con las diversas planillas confeccionadas por la ANSeS, y aportadas como antecedentes de la documentación complementaria; y de conformidad con el acta compromiso suscripta el 24 de agosto de 2001.

Una vez efectuado el cálculo pertinente quedó determinada la deuda al 31 de diciembre de 1999, y el Gobierno de la Provincia de La Rioja se comprometió a emitir a la par y por igual valor BONOS DE CONSOLIDACION DE DEUDAS EN PESOS - LEY N° 7112, que debía entregar a la ANSeS en el término de sesenta (60) días de protocolizado el acto "a los efectos de dar debida cancelación a la deuda que mantiene el Gobierno Provincial con aquella institución" (fs. 68/69 de estas actuaciones; acta compromiso de fs. 173/176 y su complementaria de fs. 177/178 del expediente administrativo que corre por cuerda).

Todo ello quedó formalmente ratificado mediante el decreto local 1023 del 11 de noviembre de 2002 (fs. 70/71).

9º) Que a partir de allí se iniciaron las gestiones para obtener la emisión de los bonos. Prueba acabada de ello la da el contenido de la nota M.E. y O.P. 82, del 26 de junio de 2003, cursada por el entonces Ministro de Economía de La Rioja al Gerente de Finanzas de la ANSeS, a través de la cual le comunica que a esa fecha se encontraba en trámite en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires la autorización para que los títulos previstos en la ley 7112 recibiesen la aprobación para su cotización, requisito necesario para la formalización del Contrato de Registro y Administración de Bonos con la Caja de Valores S.A., entidad encargada de llevar el registro escritural de su tenencia.

10) Que cabe destacar que en esa comunicación se realiza un pormenorizado detalle de las gestiones realizadas hasta entonces por el Estado provincial para concretar la asignación de los bonos escriturales.

Así, se pone de resalto la solicitud realizada el 19 de marzo de 2003 a la Subsecretaría de Relaciones con las Provincias del Ministerio de Economía de la Nación, para que se expida respecto de la autorización requerida para lograr su emisión.

En esa nota se hace expresa mención al caso en estos términos: "Cabe recordar que uno de los destinatarios de los Bonos de Consolidación de Deudas, es la propia ANSeS, quien ha aceptado la cancelación de un reclamo administrativo interpuesto al Gobierno Provincial. En relación a esta situación, se nos ha manifestado el perjuicio que acarrea a la ANSeS la indisposición de los bonos que ellos mismos están dispuestos a aceptar; resulta de esta manera, que la demora generada por ese Ministerio, no solo está perjudicando una mejor programación de la Deuda Pública Provincial, sino también, no permite la disponibilidad de un medio de cancelación que la propia ANSeS está requiriendo...".

Por su parte la Subsecretaría de Relaciones con las Provincias emite la nota del 26 de marzo del mismo año, por la que manifiesta su conformidad con la emisión de los títulos

públicos provinciales.

En el ejercicio de sus funciones, y en ese mismo marco, la Bolsa de Comercio de Buenos Aires pide información adicional -a través de la comunicación del 30 de abril-, a los efectos de proseguir con el trámite que le permitiese expedirse sobre la cotización de aquéllos.

11) Que merece destacarse también y por último, la acotación efectuada a fs. 302/305 del expediente administrativo tantas veces recordado, referida a que en el Programa de Financiamiento Ordenado 2003, suscripto entre el Gobierno Nacional y la Administración Provincial el 15 de mayo de 2003, se preveía una colocación de Bonos de Consolidación de Deudas por un importe de \$ 260.000.000, monto que incluía la deuda que el Gobierno de La Rioja mantenía con la actora.

12) Que con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte las constancias de los libros, registros oficiales, actuaciones cumplidas por entidades estatales, tienen valor de prueba en juicio, como así también las correspondientes a expedientes administrativos, conclusión que se funda en la exigencia de la tutela razonable y adecuada de los requerimientos mínimos de una correcta gestión administrativa, que impide prescindir de tales constancias en la actuación judicial (Fallos: 246:194; 262:130; 264:120; 271:96; 275:436), a tal punto que, amparadas por la presunción de verdad de su contenido, y si bien admiten prueba en contrario, no hay obligación de aportar más pruebas para sustentarlas (arg. Fallos: 321:3005).

Si lo antedicho, y todos los antecedentes referenciados bastarian para tener por demostrado acabadamente la realización y el reconocimiento de las inversiones realizadas, y todos los trámites efectuados, tanto por las autoridades provinciales como nacionales, para determinar y autorizar los medios de pago a fin de cancelar lo adeudado; es preciso poner de relieve tam-

bién que el Estado provincial no ha esgrimido ninguna impugnación fundada que autorice siquiera a poner en duda las constancias documentales antedichas.

Es más, las defensas ensayadas incluso a través del decreto impugnado –tal como seguidamente se indicará–, aparecen como una reflexión tardía por la que pretende desligarse de toda actividad administrativa realizada por sus más jerarquizados funcionarios –con competencia funcional–, con insuficiencia de argumentos al respecto (conf. arg. causa “Instituto Provincial de Seguros de Salta c/ Neuquén, Provincia del”, Fallos: 332:1688).

13) Que, en efecto, no puede tener favorable acogida judicial y la convalidación consiguiente que, como consecuencia de la Nota del ANSeS nº 3188 del 7 de marzo de 2006 por la que se le requería al Gobernador la inmediata emisión de los bonos, la provincia remitiera copia del decreto F.E.P. 1865/05 mediante la cual se declaraba inexistente la Resolución M.E. y O.P. 322 y el decreto F.E.P. 1023/02; justificándose dicha declaración unilateral en el hecho de que se había omitido el reconocimiento de deuda exigido por los arts. 15 y 22 del decreto F.E.P. 357/2001, reglamentario de la ley 7112 (fs. 344/346).

14) Que mal puede fundarse el dictado del decreto 1865/05, que aquí se impugna, y su ratificado, en la inobservancia de las previsiones contenidas en los arts. 15 y 22 del decreto local F.E.P. 357/01.

15) Que dichas normas regulan el procedimiento de cobro de las deudas abarcadas por el régimen de consolidación.

En especial prescriben que, el organismo deudor controlará el cumplimiento de los recaudos normativos, elevará el requerimiento al Ministerio de Hacienda y Obras Públicas –quien como autoridad de aplicación dará la debida participación a los organismos técnicos competentes y de contralor–, y establecen la necesidad del reconocimiento de la deuda por la autoridad compe-

tente.

Como se indicó anteriormente, en el caso, el crédito fue reconocido y admitido por el liquidador del ex Banco provincial –en ejercicio de las facultades que le confirió la ley local 5545–, y fue la propia autoridad de aplicación la que lo incluyó dentro del especial régimen de consolidación a través de la resolución 322 citada. Todo ello fue ratificado por el decreto 1023; por lo que no puede argüirse para avalar la disposición anulatoria, defectos formales que no tienen virtualidad a ese fin.

16) Que tampoco puede ser atendida la invocación de la ausencia del dictamen jurídico previo al dictado de los decretos que reconocieron la deuda y determinaron la obligación de pagar y los medios con los que se iba a afrontar el compromiso, ya que no puede considerarse que esa omisión constituya en el sub lite un vicio “grosero” o “grave” que amerite la aplicación del art. 73 de la ley local 4044, para fundamentar la inexistencia de la resolución 322 y los decretos que de ella se derivaron.

Una conclusión distinta importaría tanto como confundir la esencia del acto con su instrumentación, en tanto la gobernación ha intentado fundar la inexistencia en una inobservancia formal no sustancial, sin destacar las defensas o las razones en las que se podría haber sustentado para evitar el dictado del acto administrativo cuya inexistencia declaró.

17) Que, es más, al tomar intervención el servicio jurídico en forma previa al dictado del decreto anulatorio 1865 del 14 de diciembre de 2005, y superarse de esa manera la alegada falta de intervención anterior (arg. Fallos: 301:953, 1200; 310:272; conf. causa “Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social–”, Fallos: 318:2311), aquél solo puso de resalto –tal como surge de los considerandos del decreto (fs. 71 vta. de este proceso, tercer párrafo)– “la inexistencia del reconocimiento de la deuda”. Esta afirmación no

podía sostenerse, sin desvirtuarse con fundamentos sustanciales suficientes los actos administrativos, resoluciones y decretos anteriores, que expresamente derivaban de la acreditación de su existencia, y que habían sido expedidos por los funcionarios legalmente habilitados al efecto.

18) Que de tal manera, al no existir razón para atender al vicio formal que se alegó, y carecer la participación posterior del organismo jurídico de razones sustanciales que permitan atenderlo; el proceder de la administración provincial que se expresó en la resolución 322 y en el decreto local 1023/02, no constituyó una violación a los procedimientos esenciales y sustanciales que conlleven su declaración de nulidad o "inexistencia" como lo determinó la demandada.

19) Que por consiguiente sí se debe declarar la nulidad del decreto F.E.P. 1865/05 de la Provincia de La Rioja, como así también del ratificatorio decreto 239/07.

20) Que lo decidido exige examinar la defensa de prescripción opuesta.

Tiene dicho el Tribunal que la finalidad del instituto en análisis reside en la conveniencia general de concluir situaciones inestables y dar seguridad y firmeza a los derechos, aclarando la situación de los patrimonios ante el abandono que la inacción del titular hace presumir (Fallos: 313:173).

21) Que mediante el dictado de la ley 7112 la Provincia de La Rioja adhirió al régimen de la ley nacional 25.344 de consolidación de la deuda pública.

La inclusión del crédito de autos en ese régimen, importó la novación de la obligación original y de sus accesorios (conf. art. 5º, inc. b, del decreto 357/01, reglamentario de la ley provincial citada, B.O. n° 10.478 del 27/2/01, v. fs. 60).

22) Que al no existir una disposición especial que establezca un plazo menor, rige en el sub lite el plazo decenal

de prescripción previsto por el art. 4023 del Código Civil a partir de la novación legal referida; por lo que debe concluirse que en el caso desde la entrada en vigencia de la norma hasta la fecha de interposición de la demanda, 19 de junio de 2007, no ha transcurrido el plazo indicado, por lo que la defensa en examen no puede prosperar.

Por ello y dada la intervención a la señora Procuradora Fiscal, se decide: I.- Hacer lugar a la demanda seguida por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) contra la Provincia de La Rioja y en consecuencia, declarar la nulidad de los decretos provinciales F.E.P. 1865/05 y 239/07, y condenar a la demandada a pagar la suma de cincuenta y dos millones ochocientos noventa y siete mil doscientos cuatro pesos con veinticuatro centavos (\$ 52.897.204,24), fijada al 31 de octubre de 1992, con más los intereses que correspondan según la legislación que resulte aplicable; II.- En mérito a la forma en que se resuelve, intimar a la Provincia de La Rioja para que informe y acredite al Tribunal, en el plazo de diez días, si ha emitido los bonos de consolidación correspondientes y, en su caso, si ha obtenido la pertinente autorización de alguna de las Bolsas de Comercio para su cotización. Todo ello bajo apercibimiento de -// ejecución. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría, remítase copia de esta decisión a la Procu-

ración General y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

Nombre del demandado: Provincia de La Rioja.

Profesionales: Dres. Gustavo Marcelo Medone; Carlos H. Vicente Manavella; Marcelo Gabriel Fernández; Eduardo Gustavo Fornaroli y César Luis Alberto Garay.

MADINA, MARCELO AUGUSTO S/RECURSO DE CASACION

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, al resolver con prescindencia de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y con exclusivo apego a las normas que regulan la suspensión de la prescripción de la acción penal, no consideró -sin dar fundamentos bastante para ello- la incidencia de la doctrina sentada por la Corte sobre el alcance que debe darse al derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, cuando la excesiva duración del proceso puede resultar irrazonable y la prescripción aparece como instrumento jurídico adecuado para consagrар efectivamente esa garantía.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

Si los jueces que votaron por revocar la resolución que había declarado extinguida la acción penal por prescripción omitieron completamente examinar el punto federal relativo a la garantía de la duración razonable del proceso, que la defensa había propuesto oportunamente para su tratamiento al presentar el memorial previsto por el art. 466 del Código Procesal Penal de la Nación, ello constituye un obstáculo para que la Corte pueda ejercer correctamente su competencia apelada por lo que corresponde reenviar la causa al tribunal a quo para que otorgue debido tratamiento al punto federal en cuestión (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la resolución dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, que había declarado *prima facie* la extinción por prescripción de la acción penal respecto de Marcelo Augusto M. en orden al delito de malversación culposa de caudales públicos, previsto en el artículo 262 del Código Penal (fs. 1793/1797 vta.) y, en consecuencia, ordenó la remisión de las actuaciones a dicho tribunal para continuar su trámite (ver fojas indicadas como 1853/1856).

Contra este pronunciamiento, la defensa articuló recurso extraordinario federal a fojas 1861/1869, que fue concedido por el *a quo* (fs. 1876/1876 vta.).

II

Creo conveniente señalar que, en forma previa a dicha incidencia, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal había anulado el sobreseimiento que, respecto de M. ., se había dictado en la instancia anterior, por lo que dispuso el reenvío de las actuaciones para el dictado de un nuevo pronunciamiento; contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario federal que fue declarado mal concedido por V.E.. Cabe destacar que, en dicha oportunidad, en el voto en disidencia del doctor Zaffaroni se puso de manifiesto la posibilidad de encontrarse prescripta la acción penal (ver fojas 1654/1660 y 1694/1700 del presente; y fojas 81/87 y 115/117 del expediente CS M.615.XLI caratulado “M. , Marcelo Augusto s/recurso de casación” que corre por cuerda).

En tales condiciones, la cámara federal -con una nueva integración- dictó la resolución del 7 de noviembre de 2007, antes mencionada, que declaró extinguida la acción penal respecto de Madina (ver fojas 1793/1797 vta.) que fue impugnada por el fiscal ante dicha instancia (fojas 1801/1808 vta.).

Al presentar el memorial del artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa expresó su rechazo al recurso de casación interpuesto y alegó que se encontraba afectada la garantía constitucional de obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable, por lo que invocó la doctrina originada a partir del precedente “Mattei” (Fallos: 272:188) y la vinculó con la relación existente entre la duración razonable del proceso y la prescripción de la acción penal. Asimismo, se refirió a las circunstancias de la causa para explicar por qué la prolongación de su trámite devendría excesiva (ver escrito de fojas 1842/1848).

En la resolución cuestionada del 4 de febrero de 2011, el *a quo*, también con nueva integración, consideró en su voto mayoritario que, a partir del nombramiento del imputado como magistrado en la justicia provincial, se había mantenido incólume su calidad de funcionario público, lo que hacía operar la suspensión de la

prescripción que establece el segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal, por lo que anuló la declaración de prescripción a su respecto y ordenó la prosecución del trámite de las actuaciones (folios señalizadas como 1853/1856).

En la impugnación extraordinaria, con base en el precedente de V.E. publicado en Fallos: 332:1512, el recurrente sostuvo que dicha resolución era equiparable a definitiva por producir un gravamen irreparable, desde que fundó su agravio en que el derecho de obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable se encontraba afectado. En ese sentido, intentó demostrar, con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, que la decisión del *a quo* había omitido realizar su análisis a la luz de aquella garantía aun cuando tales argumentos fueron expuestos ante el tribunal que, al apoyarse exclusivamente en disposiciones de derecho común, se apartó de los fallos de la Corte en la materia, entre ellos, "Mattei", "Mozzatti" y "Barra" (Fallos: 272:188, 300:1102 y 327:327, respectivamente) que reconocen la posibilidad de declarar la prescripción, más allá del régimen legal que la regula, en los supuestos en los que la duración del proceso fuera irrazonable (fs. 1861/1869).

III

En el actual estado de la doctrina de V.E., se encuentra fuera de discusión la procedencia formal de la apelación federal cuando se refiere a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable que aseguran los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.3.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional desde 1994, y la duración de la persecución penal permite considerar, *prima facie*, la posibilidad de su afectación (conf. Fallos: 323:982; 327:327 y 4815; a cuyos fundamentos y citas cabe remitirse, en lo pertinente, en razón de brevedad).

Es oportuno recordar que, esa inteligencia de la cuestión ha importado hacer excepción al principio según el cual las

decisiones cuya consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso criminal no reúnen la calidad de sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la ley 48, y que ese temperamento en particular ha sido aplicado a las resoluciones que, como en el caso, rechazan la prescripción de la acción penal (Fallos: 312:552 y 573; 315:2049; 322:360; 327:836 y 328:4423, entre otros).

IV

Por otro lado, y si bien la Corte tiene establecido que lo relativo a la prescripción de la acción o de la pena es materia ajena a la jurisdicción extraordinaria por versar esencialmente sobre temas de hecho y derecho procesal y común, propia de los jueces de la causa (Fallos: 327:5668 y sus citas), también concluyó que cabe hacer excepción a ese principio cuando el pronunciamiento recurrido carece de fundamentación suficiente para ser considerado como acto jurisdiccional válido, de acuerdo con la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (Fallos: 320:2957; 327:2273 y 328:3928, entre otros) a la que V.E. le ha asignado el carácter de medio idóneo para asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas en la Ley Suprema (Fallos: 323:2510, considerando 1º, con cita de Fallos: 310:324, considerando 5º).

En consecuencia, se ha afirmado que "si la duración indefinida del procedimiento provoca una lesión a un derecho de rango constitucional, la decisión que rechaza la extinción de la acción penal por haber existido actos procesales interruptivos de la prescripción puede y debe ser revisada en esta instancia, con el fin de evitar que so color de que se trata de interpretaciones de derecho común se omita la intervención de esta Corte en asuntos que, como se ha dicho, afectan derechos federales" (Fallos: 323:982, considerando 6º).

Tal es la situación que, a mi modo de ver, aquí se presenta, en tanto el *a quo* al resolver con prescindencia de las reglas constitucionales invocadas y con exclusivo apego a las normas que regulan la suspensión de la prescripción de la acción penal, no consideró

-sin dar fundamentos bastantes para ello- la incidencia en el caso de la doctrina sentada por el Tribunal sobre el alcance que debe darse al derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir del precedente de Fallos: 272:188, cuando la excesiva duración del proceso puede resultar irrazonable y la prescripción aparece como instrumento jurídico adecuado para consagrар efectivamente esa garantía (conf. Fallos: 334:1264 y sus citas).

No puedo dejar de advertir que también surge de la doctrina señalada que, por supuesto, tal derecho se encuentra limitado a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación, pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible (Fallos: 332:1512 y sus citas).

Al respecto, pienso que esos aspectos se hallan plenamente desarrollados, tanto en el escrito de interposición de este recurso federal como en el de presentación del memorial de fojas 1842/1848, pues la pretensión de la defensa en cuanto a demostrar que el trámite dado al proceso habría resultado injustificadamente excesivo se fundó de manera adecuada en las constancias de la causa e, incluso, en el análisis que de tales elementos realizaron otros magistrados que intervieron previamente y que observaron la posible afectación de la tutela constitucional en juego (ver voto en minoría del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal de fojas 1853/1856, y votos que conformaron la mayoría en la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata de fojas 1793/1797 vta.). En definitiva, se han tenido en cuenta parámetros tales como la falta de complejidad de la investigación y de pluralidad de imputados, la inexistencia de planteos dilatorios tendientes a impedir el progreso de la acción, y la predisposición del imculpado a cumplir las respectivas obligaciones. Estos extremos, a su vez, fueron confrontados con las características del delito culposo materia de investigación y con las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, sobre cuya base la defensa alegó un estado de estancamiento procesal que llevaba alrededor de nueve años, durante los cuales tuvieron lugar diferentes fallos

judiciales, apelaciones, nulidades, recusaciones y un prolongado tiempo durante el cual la pesquisa no tuvo ningún rendimiento (ver fojas 1861/1869).

En conclusión, y tal como fue establecido *in re "Salgado"* (Fallos: 332:1512) soy de la opinión que la omisión por parte del *a quo* del tratamiento de la cuestión constitucional vinculada con el alcance que debe darse al derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, pese a encontrarse debidamente planteada por el recurrente la irrazonabilidad de esa prolongación, impone la descalificación del pronunciamiento conforme a la doctrina de V.E. en materia de sentencias arbitrarias.

V

En tales condiciones pienso que, sin perjuicio de la resolución que pueda adoptarse acerca del fondo, V.E. debe declarar procedente el recurso extraordinario y revocar el fallo apelado para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo conforme a derecho.

Buenos Aires, 30 de julio de 2012.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *28 de mayo de 2013.*

Vistos los autos: "Madina, Marcelo Augusto s/ recurso de casación".

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.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuélvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta. Notifíquese y cúmplase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO
V.O. - 14

JUAN CARLOS MAQUEDA

ENRIQUE S. PETRACCHI
Carmen M. Argibay
(por su voto)

CARMEN M. ARGIBAY

-///-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

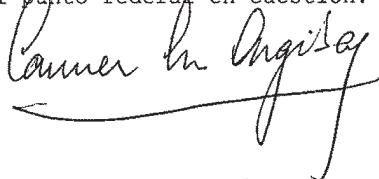
1º) Que en la decisión que se recurre, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal tuvo a su estudio dos cuestiones: una, de derecho común, referida a la prescripción de la acción, y la otra, de carácter constitucional, vinculada con la garantía de la duración razonable del proceso. No obstante ello, la mayoría del tribunal a quo solo se expidió respecto de la primera, que versa sobre una materia que resulta ajena a la competencia extraordinaria de esta Corte (artículo 15 de la ley 48).

2º) Que tal como surge de la lectura de la resolución

recurrida, los jueces que votaron por revocar la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que había declarado extinguida la acción penal por prescripción, omitieron completamente examinar el punto federal relativo a la garantía mencionada, que la defensa había propuesto oportunamente para su tratamiento al presentar el memorial previsto por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación -cfr. acápite c de ese escrito, agregado a fs. 1842/1848-.

3º) Que de esta forma, el a quo, pese a que tenía ante si una controversia relacionada directamente con un tema constitucional, no se ha expedido sobre los aspectos del caso vinculados con dicho asunto, circunstancia que, tal como ya lo he señalado en la causa "Vea Murguía de Achard" (Fallos: 329:3956), constituye un obstáculo para que esta Corte Suprema pueda ejercer correctamente su competencia apelada.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se reenvía la causa al tribunal a quo para que otorgue debido tratamiento al punto federal en cuestión. Notifíquese y remítase.



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por **Marcelo Augusto Madina**, con la defensa del Dr. **Jorge Sandro**.

Traslado contestado por el Dr. **Juan Martín Romero Victorica**, fiscal general.

Tribunal de origen: **Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**.

JUNIO

AGUINDA SALAZAR, MARÍA C/ CHEVRON CORPORATION S/MEDIDAS PRECAUTORIAS

EMBARGO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que dio curso al exhorto librado por un juez extranjero y ordenó el cumplimiento en nuestro país del embargo sobre bienes de las empresas demandadas, dictado en el procedimiento de ejecución de sentencia por el cual se las condenó al pago de una suma de dinero, en razón de haberse decretado, sin audiencia previa, la inoponibilidad de su personalidad jurídica, pues tal decisión las ha privado de tal derecho, con afectación de principios que integran el orden público internacional argentino (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), circunstancia que obsta al cumplimiento de la carta rogatoria.

SOCIEDADES

La decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional en nuestro derecho y solo puede ser tomada bajo ciertas condiciones establecidas por la ley (art. 54 de la Ley de Sociedades 19.550), y en tanto la personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege, no solo su patrimonio, sino también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, éste dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las resoluciones que hacen lugar o rechazan medidas cautelares no son sentencias definitivas, en los términos del art. 14, primer párrafo, de la ley 48, deben ser equiparadas a tales cuando el derecho invocado solo puede ser protegido en la oportunidad en que se invoca -en el caso, la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, que tiene por exclusivo objeto la cooperación en materia de medidas cautelares-, justificándose dicha equiparación cuando se irroga un perjuicio de difícil o imposible reparación posterior, tal como ocurre en el caso en atención a la trascendencia económica del embargo dispuesto.

SENTENCIA EXTRANJERA

Cabe desestimar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dio curso al exhorto librado por un juez extranjero y ordenó el cumplimiento en nuestro país del embargo sobre bienes de las empresas demandadas, dictado en el procedimiento de ejecución de sentencia por el cual se las condenó al pago de una suma de dinero, pues no se observan en el caso motivos que justifiquen apartarse

del criterio conforme el cual las decisiones relacionadas con medidas cautelares, ya fuere que ordenen, modifiquen o revoquen, no constituyen sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso regulado por el art. 14 de la ley 48, y no se advierte que la traba de aquélla medida requerida en la rogatoria resulte manifiestamente contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

-Disidencia del juez Carlos S. Fayt.-

DICTAMEN DE LA PROCURACION GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La sala de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia del juez de primera instancia, que había dado curso al exhorto librado por un juez ecuatoriano y, en consecuencia, había ordenado el cumplimiento en nuestro país del embargo dictado por la suma de U\$S 19.021.552.000 sobre bienes que pertenecen a Chevron Argentina SRL, Ing. Norberto Priú SRL, CDC ApS y CDHC ApS (fs. 765-8 de los autos A.253, L. XLIX).

El tribunal evaluó la procedencia de la rogatoria en los términos de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (en adelante, "CIDIP II"). Sostuvo que esa convención restringe las atribuciones del tribunal argentino para revisar una medida decretada por un juez extranjero. En ese acotado margen, concluyó que en este caso los sujetos afectados por la medida no lograron acreditar la existencia de motivos que ameriten rechazar su cumplimiento en nuestro país. En particular, y en cuanto aquí resulta pertinente, sostuvo que no hubo una afectación del derecho de defensa de los recurrentes en tanto éstos tuvieron oportunidad de manifestarse en estas actuaciones y en el proceso principal.

Contra esa decisión, Chevron Argentina SRL, Norberto Priú SRL, CDC ApS y CDHC ApS interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 815-37 de los autos A.253, L. XLIX), que fue concedido únicamente en cuanto se refiere a la interpretación de normas federales (fs. 866-7 de los autos A.253, L. XLIX). La denegación parcial ameritó la presentación del correspondiente recurso de queja (A.238, L. XLIX).

-II-

En su apelación extraordinaria, los recurrentes alegan que la medida dispuesta por el juez ecuatoriano vulnera en forma manifiesta el orden público

argentino y, en consecuencia, la sentencia apelada en cuanto dispuso su cumplimiento en nuestro país contraría el artículo 12 de la CIDIP II, que es una norma de carácter federal.

Concretamente afirman que la medida procura la ejecución de una sentencia extranjera obtenida en un proceso judicial viciado por fraude, extorsión y cohecho, en el cual las sociedades argentinas y danesas —aquí apelantes y cuyos activos han sido embargados— no fueron parte ni fueron condenadas, por lo que no pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio. Se agravan de que se embarguen sus bienes sin haberles dado oportunidad de defenderse en el proceso ecuatoriano en que se condenó a un sujeto jurídico distinto.

Por otro lado, aducen que el tribunal omitió tratar cuestiones conducentes oportunamente planteadas y prescindió de constancias agregadas a la causa, que demuestran la afectación de su derecho de defensa y el carácter fraudulento de la sentencia y del proceso llevado a cabo ante la jurisdicción ecuatoriana.

A fojas 58 a 62 de los autos A.238, L. XLIX, los recurrentes denuncian que la vigencia de la medida durante la tramitación del proceso afecta gravemente intereses esenciales de la Nación, por lo que peticionan que la Corte Suprema declare formalmente admisible la queja (fs. 52-7, de los autos A.238, L. XLIX) y suspenda el embargo (fs. 52-7 y 58-62 de los autos A.238, L. XLIX), en forma previa a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

-III-

La decisión apelada es equiparable a una sentencia definitiva de acuerdo con la doctrina de la Corte sobre la materia (*Fallos* 314:1202; 327:5751; 330:4930). El interés público de la actividad desarrollada por los recurrentes (artículo 1, ley 26.741) y la trascendencia económica del embargo me llevan a la convicción de que la decisión apelada puede producir agravios de carácter irreparable a intereses esenciales de la Nación vinculados con la política energética y el desarrollo económico del país. Así el caso involucra una cuestión de gravedad institucional, que, además, no podrá ser sometida a la jurisdicción de los jueces argentinos a través de un proceso posterior.

El recurso extraordinario es admisible en cuanto cuestiona la inteligencia de la convención aprobada por nuestro país a través de la ley 22.921, que es una

norma de carácter federal. A su vez, los agravios expuestos en el recurso de queja son idóneos para habilitar la competencia extraordinaria del Tribunal en virtud de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias. Esos agravios están inescindiblemente relacionados con las cuestiones federales planteadas, por lo que corresponde tratarlos de forma conjunta con ellas (*Fallos: 321:703, 323:2519; 324:4307*, entre muchos otros). En este marco, y de acuerdo a la doctrina sentada en *Fallos: 308:249* y *325:3464* y en los autos P. 1125. XLI, “*Parrinello Rosa Noemí c/ Hernández Oscar Antonio*” (sentencia del 27 de septiembre de 2005), opino que corresponde hacer lugar a la queja.

-IV-

No se encuentra controvertido que en la República de Ecuador se llevó a cabo un juicio contra la sociedad estadounidense Chevron Corporation, en el que ésta fue condenada al pago de una suma de U\$S 19.021.552.000. En cumplimiento de esa condena y a los efectos de asegurar su ejecución, el juez ecuatoriano ordenó embargo bienes que no pertenecen a Chevron Corporation, sino a sujetos jurídicos distintos, a saber, Chevron Argentina SRL, Ing. Norberto Priú SRL, CDC ApS y CDHC ApS (fs. 1/4). Sobre la base de las vinculaciones societarias existentes, el juez ecuatoriano extendió los efectos de la condena al patrimonio de sujetos distintos del demandado y condenado (fs. 201-206 y 215-20).

En la presente causa, la actora solicitó el cumplimiento en nuestro país de la medida ordenada por el juez ecuatoriano. En esa instancia, las sociedades afectadas —Chevron Argentina SRL, Ing. Norberto Priú SRL, CDC ApS y CDHC ApS— se opusieron a esa pretensión alegando que se embargaron sus cuentas bancarias, sus créditos por ventas, así como otros activos, a los efectos de ejecutar una condena contra una sociedad distinta —Chevron Corporation— dictada en un proceso en el que no fueron oídas ni pudieron ejercer su derecho de defensa.

En este contexto, la controversia que la Corte Suprema debe resolver requiere determinar si esa decisión afecta nuestro orden público en los términos del artículo 12 de la CIDIP II.

-V-

En mi opinión, la resolución apelada se aparta de las constancias de la causa y del derecho aplicable en cuanto concluyó que no hubo una afectación del derecho de defensa en juicio de los aquí apelantes.

El embargo que dio origen a estas actuaciones recae sobre cuentas bancarias, créditos por venta de hidrocarburos, créditos litigiosos, cuotas sociales y participaciones accionarias que las sociedades argentinas Chevron Argentina SRL e Ing. Norberto Priú SRL tienen en nuestro país. Además, la medida recae sobre las cuotas sociales de esas sociedades argentinas que poseen las danesas, CDC ApS y CDHC ApS (v. fs. 1/4, anexos 3, 4, 5 y 29 de la prueba documental agregada).

Los sujetos cuyos activos fueron embargados —Chevron Argentina SRL, Ing. Norberto Priú SRL, CDC ApS y CDHC ApS— son sociedades constituidas en la República Argentina y en el Reino de Dinamarca (anexos 30, 32 y 33 de la prueba documental agregada), que tienen personalidad jurídica propia y distinta de la de sus accionistas directos e indirectos (artículo 2 de la ley 19.550 y artículos 30 y concordantes del Código Civil). En otras palabras, son personas jurídicas distintas de Chevron Corporation y, en ese carácter, tenían derecho a ser oídas, en condiciones de plena igualdad, por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones.

De las constancias incorporadas a esta causa surge que los sujetos embargados no fueron demandados ni condenados en la causa “María Aguinda y otros c/Chevron Corporation (antes Texaco)”, donde se dictó la sentencia condenatoria por la suma de U\$S 19.021.552.000 contra un sujeto jurídico distinto (fs. 201-206 y 215-20). A su vez, de las piezas probatorias no surge que esas sociedades hayan intervenido y, en consecuencia, hayan tenido la oportunidad de ser oídas ni siquiera en la etapa de la ejecución de esa sentencia. Por el contrario, de esas constancias surge que únicamente Chevron Corporation tuvo oportunidad de controvertir la procedencia, el mérito y la extensión del embargo (en especial, fs. 216 vta. y anexo 19 de la prueba documental agregada).

A los efectos de procurar el cumplimiento de la sentencia, el juez ecuatoriano decretó que “la ejecución de esta condena [la dictada contra Chevron Corporation] sea imponible sobre la totalidad del patrimonio de Chevron Corporation”

(fs. 201 vta.). Al definir el patrimonio de la sociedad condenada, concluyó –sin que ello haya sido precedido por un debido proceso– que “tal patrimonio está conformado por todas las empresas afiliadas y subsidiarias” (fs. citadas). Sin embargo, a partir de tal decisión, embargó los bienes –cuentas bancarias, créditos por venta de hidrocarburos, créditos litigiosos, cuotas sociales y participaciones accionarias– que pertenecen a sociedades que, si bien tienen una vinculación societaria con la condenada, son personas jurídicas distintas.

De este modo, el juez ecuatoriano decretó una medida extendiendo los efectos de la condena dictada contra un sujeto a otros, que no fueron parte de ese proceso y sin que esa decisión haya sido precedida de un debido proceso donde los afectados hayan podido ejercer su derecho de defensa.

Esa violación del derecho de defensa de los sujetos afectados no puede ser subsanada en este proceso, donde la revisión de los jueces del Estado requerido no comprende el mérito, la procedencia ni la extensión del embargo y las defensas se limitan a las previstas en los artículos 4, 5 y 12 de la CIDIP II.

—VI—

En este contexto fáctico, cabe recordar que el derecho de defensa en juicio, que reconoce el artículo 18 de nuestra Constitución, integra el orden público argentino en tanto que es uno de los principios esenciales sobre los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico. En el marco del reconocimiento de decisiones extranjeras, el ejercicio del derecho de defensa exige que haya existido para las partes del proceso extranjero la posibilidad de comparecer y de exponer sus argumentos, ofrecer y producir prueba, ser notificados de la decisión y tener la posibilidad de recurrirla. Tales son los contenidos mínimos de la garantía del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional) y esos contenidos integran el orden público local.

Así lo ha decidido la Corte Suprema en un caso en el que se cuestionaba la ejecución en nuestro país de una orden judicial dictada por un juez extranjero (Fallos 319:2411). Allí, el Tribunal expuso que “el principio del debido proceso adjetivo está consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, integra el orden público internacional argentino y a él debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo

procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina” (considerando 5º).

De hecho, todas las normas que regulan el reconocimiento extraterritorial de sentencias extranjeras requieren expresamente que se haya garantizado el derecho de defensa en la jurisdicción foránea (artículo 517, inciso 2, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889; Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa; entre otros).

-VII-

En mi opinión, la sentencia apelada en cuanto ordenó el cumplimiento de una medida —dictada en el marco de un procedimiento en el que no se aseguró la defensa de los sujetos afectados— se aparta de la CIDIP II. En efecto, el artículo 12 de esa convención prevé que un Estado no está obligado a ordenar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando ésta sea manifiestamente contraria a su orden público.

Esa disposición es coherente con los principios que regulan el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de las sentencias adoptadas por jueces extranjeros. En efecto, el citado artículo 12 del convenio es congruente con lo dispuesto en el artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que supedita el reconocimiento de la fuerza ejecutoria de una sentencia extranjera a que ella “no afecte los principios de orden público del derecho argentino”. En el marco del reconocimiento de sentencias extranjeras, —tal como lo advertí al dictaminar recientemente en la causa “Claren Corporation c/Estado Nacional (arts. 517/518 CPCC exequátur) s/ varios”, C.462, L. XLVII, dictamen del 5 de abril de 2013—, ese control está previsto en una abrumadora cantidad de convenios bilaterales e internacionales suscriptos por nuestro país. A su vez, la gran mayoría de las

legislaciones internas de los países del mundo supedita el reconocimiento y la ejecución de decisiones foráneas a la condición de que no afecten su orden público o sus políticas públicas fundamentales (cf., por ejemplo, Gerhard Walter y Samuel P. Baumgartner, “General Report”, en *The Recognition and Enforcement of Foreign Judgements outside the Scope of the Brussels and Lugano Convention*, Londres: Kluwer Law International, 2000).

En la misma tendencia, la mayoría de las normas que regulan la cooperación internacional para el cumplimiento extraterritorial de actos procesales y de medidas cautelares prevé la atribución del Estado requerido de controlar que la medida no afecte su orden público (por ejemplo, artículos 8, 12 y 20 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional suscripto en Las Leñas el 27 de junio de 1992, aprobado por la Argentina mediante ley 24.578; artículo 17 del Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, suscripto el 16 de diciembre de 1994, aprobado por la Argentina mediante ley 24.579).

En definitiva, la cláusula del orden público ha sido el modo en que los tratados internacionales y las legislaciones internas han conciliado la defensa de los principios fundamentales del Estado requerido con el deber de cooperación internacional. A su vez, de las normas citadas surge que los Estados requeridos se reservan la facultad de decidir cuándo hay una afectación de su orden público y no delegan esa cuestión en los jueces extranjeros.

Por otro lado, cuando existe una afectación al orden público —como sucede en el caso— el procedimiento previsto en el artículo 5 de la CIDIP II no es aplicable. En efecto, esa norma dispone el trámite que deben observar las oposiciones y tercerías que pueden plantear los sujetos embargados ante el juez del Estado requerido. En esos casos, el juez que recibe la rogatoria se limita a comunicarlas al juez del Estado requirente, que resuelve sobre su procedencia —con excepción del supuesto previsto en el último párrafo—.

Ese procedimiento no sustituye la atribución que tienen los jueces del Estado requerido de rehusar el cumplimiento de una rogatoria que es manifiestamente contraria a su orden público en los términos del artículo 12 de la convención. Ello no sólo surge de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 5 y 12, sino que

también es coherente con los principios expuestos que gobiernan el reconocimiento extraterritorial de las sentencias extranjeras.

En suma, entiendo que lo expuesto es suficiente para rechazar el cumplimiento en nuestro país de la rogatoria librada por el juez ecuatoriano en tanto que la medida allí dispuesta —dictada en el marco de un procedimiento en el que no se aseguró la defensa de los sujetos afectados— es manifiestamente contraria al orden público argentino en los términos del artículo 12 de la convención.

-VIII-

Por último, opino que corresponde hacer lugar a la petición de los recurrentes de que V.E., en forma previa a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, haga lugar a la queja, declarando formalmente admisible el recurso extraordinario en relación con todos los agravios esgrimidos en él, y ordene en forma inmediata la suspensión de la resolución recurrida y del embargo trabado.

En efecto, como expuse en la sección III, el caso reviste gravedad institucional. La traba de un embargo por un monto de U\$D 19.021.522.000 sobre los activos y, en particular, las cuentas bancarias de sujetos que desarrollan una actividad de notorio interés público, a saber, la exploración y explotación de hidrocarburos, puede producir perjuicios irreparables a los intereses de la comunidad vinculados con la política energética y el desarrollo económico de nuestro país (artículo 1, ley 26.741), así como con las finanzas públicas (cf. por ejemplo, la presentación de fs. 533-8 del Fiscal de Estado de la Provincia de Neuquén en los autos A.253, L. XLIX). La gravedad del caso se acentúa considerando que los sujetos embargados no tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de defensa en juicio en el marco del proceso desarrollado en el extranjero, donde no fueron demandados ni condenados.

Esa gravedad institucional demanda la intervención de la Corte a los efectos de que no se produzcan perjuicios irreparables e irreversibles a intereses esenciales de la Nación (Fallos: 313:630 y 316:363) y a los efectos de resguardar la jurisdicción de ese Tribunal mediante el dictado de una sentencia útil (Fallos: 322:2424 y 325:3464). Concretamente, esa doctrina demanda la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida y del embargo hasta que V.E. resuelva en definitiva la cuestión de fondo planteada (Fallos: 316:363 y T. 114. XLVII, “Recurso de hecho T.R.L. –

apoderado de lista verde bordo c/ Sindicato de Empleados de Comercio de la Capital federal s/medida cautelar”, sentencia del 29 de abril de 2011).

La Corte ha ejercido su facultad de suspender los procedimientos, aun en casos donde se encuentran reunidos los presupuestos del artículo 258 del Código Procesal en lo Civil y Comercial —invocado por el tribunal *a quo* en esta causa—, siempre que existan razones de orden institucional que justifiquen la medida (Fallos: 170:266; 245:425). En el *sub lite*, esa doctrina exige la suspensión inmediata del embargo pues ese es el único remedio eficaz para evitar los perjuicios que la continuación del procedimiento podría traer aparejada para intereses esenciales de la Nación.

-IX-

Por las razones expuestas, opino que corresponde que V.E. (i) en forma previa a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, haga lugar a la queja, declarando formalmente admisible el recurso extraordinario en relación con todos los agravios esgrimidos en él, y ordene en forma inmediata la suspensión de la resolución recurrida y del embargo trabado; y (ii), oportunamente, declare procedente el recurso extraordinario y revoque el pronunciamiento apelado.

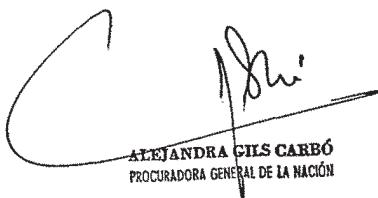
Buenos Aires, 22 de mayo de 2013.

ALEJANDRA GILS CARBÓ

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

La cuestión planteada en este recurso de hecho ha sido examinada en mi dictamen del día de la fecha, en la causa A. 253/2013 L. XLIX, REX, “Aguinda Salazar María c/Chevron Corporation s/medidas precautorias”, a cuyos términos me remito, en razón de brevedad.

Buenos Aires, 22 de mayo de 2013.



ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *cuatro de junio de 2013*

Vistos los autos: "Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias".

Considerando:

1º) Que las firmas Chevron Argentina S.R.L., Ingeniero Roberto Priú S.R.L.; CDC Aps y CDHC Aps han interpuesto recurso extraordinario contra la sentencia dictada por la sala de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, dispuso la ejecución de diversas medidas precautorias contra sus bienes ordenadas por el presidente subrogante de la Corte Provincial de Sucumbíos, República del Ecuador y cuyo cumplimiento fue solicitado a los tribunales argentinos en los términos de la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II).

El recurso fue parcialmente concedido, en lo concerniente a la interpretación y aplicación al caso del art. 5º de la Convención y fue rechazado en cuanto a los agravios fundados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. En relación con este último aspecto, la demandada presentó el correspondiente recurso de queja por ante el Tribunal.

2º) Que en el pleito ha sido controvertida la inteligencia de diversas cláusulas de un tratado de cooperación internacional en materia procesal -CIDIP-II- y la sentencia ha sido contraria al derecho que la recurrente ha fundado en ellas, de modo que el recurso se ajusta a las previsiones del art. 14, inc. 3º de la ley 48 (Fallos: 118:127; 276:327 y 319:2411).

Por otra parte, si bien las resoluciones que hacen lugar o rechazan medidas cautelares no son sentencias definitivas, en los términos del art. 14, primer párrafo, de la ley 48, esta Corte ha entendido que deben ser equiparadas a tales cuando el derecho invocado solo puede ser protegido en la oportunidad en que se invoca, como es el caso, puesto que la CIDIP-II tiene

por exclusivo objeto la cooperación en materia de medidas cautelares. Además, esa equiparación se justifica cuando se irroga un perjuicio de difícil o imposible reparación posterior, tal como ocurre en el caso en atención a la trascendencia económica del embargo dispuesto.

El adecuado tratamiento de los agravios hace necesario resolver de manera conjunta el recurso extraordinario concedido por el a quo y la presentación directa que hiciera la demandada en relación con el resto de los argumentos dirigidos contra el fallo apelado.

3º) Que el sistema creado por la Convención establece el deber que tienen los tribunales de cada uno de los Estados Parte de dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por jueces de otro Estado Parte (art. 2º), con la importante aclaración de que este último podrá rehusar hacerlo cuando "sean manifiestamente contrarias a su orden público" (art. 12).

4º) Que esta Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (Fallos: 328:3193), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (Fallos: 319:2411). En este último pronunciamiento señaló que a dicho principio "debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que se concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina" (Fallos: 319:2411, considerando 5º).

5º) Que, tal como lo pone de resalto la señora Procuradora General y se desprende de la rogatoria emitida por el tribunal ecuatoriano, se trata en autos de medidas cautelares dispuestas en el procedimiento de ejecución de una sentencia dictada en Ecuador por el cual se condenó a la firma Chevron Corporation a pagar la suma de U\$S 19.021.552.000 (fs. 1/1

vta.). En dicho proceso se decidió también que los efectos del fallo se extendían a las sociedades subsidiarias de Chevron Corporation, en particular a las aquí demandadas Chevron Argentina SRL e Ingeniero Roberto Priú, y los titulares de sus cuotas sociales (fs. 201 y sgtes.).

Está fuera de controversia, asimismo, que las sociedades apelantes no han tenido participación en el pleito seguido contra Chevron Corporation y que son personas jurídicas distintas cuyos patrimonios se ha decidido unificar con el de esa firma a los efectos de ejecutar la indemnización. En efecto, según puede leerse en los fundamentos de la resolución dictada por el juez del Estado requirente, las medidas cautelares contra las sociedades constituidas en la República Argentina y los titulares de sus cuotas sociales fueron tomadas sobre la base de la teoría del "levantamiento del velo societario y desestimación de la personalidad jurídica", punto sobre el cual, dice el magistrado, no es procedente contender, pues "tal decisión se encuentra ya ejecutoriada" (fs. 201).

6º) Que la decisión de declarar inoponible la personalidad jurídica tiene carácter excepcional en nuestro derecho y solo puede ser tomada bajo ciertas condiciones establecidas por la ley (art. 54 de la Ley de Sociedades 19.550). Asimismo, en tanto la personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no solo su patrimonio, sino también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa.

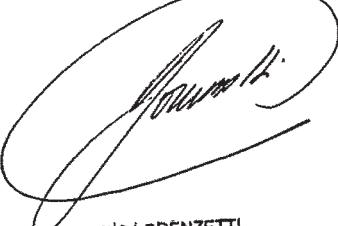
7º) Por consiguiente, resulta aplicable al sub lite el criterio seguido en el ya citado precedente de *Fallos: 319:2411*, para concluir que la decisión tomada por la justicia del Ecuador de imponer medidas cautelares sobre los bienes de las sociedades demandadas, en razón de haberse decretado, sin audiencia previa, la inoponibilidad de su personalidad jurídica, las ha privado de este derecho, con afectación de principios que

integran el orden público internacional argentino (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), circunstancia que obsta al cumplimiento de la carta rogatoria.

Por otra parte, al haberse cerrado la cuestión a toda controversia, dado que ha sido ya resuelta con carácter de cosa juzgada, se torna innecesario ingresar a la consideración sobre la pertinencia de aplicar a este caso el art. 5º, primer párrafo, de la Convención, en tanto remite a la jurisdicción del juez que libró el exhorto la decisión sobre tercerías u oposiciones planteadas por las personas afectadas por las medidas.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito de

fs. 3 bis. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos.



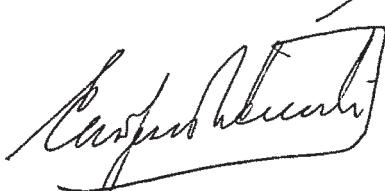
RICARDO LUIS LORENZETTI



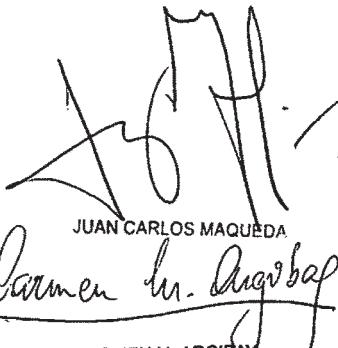
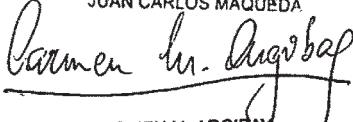
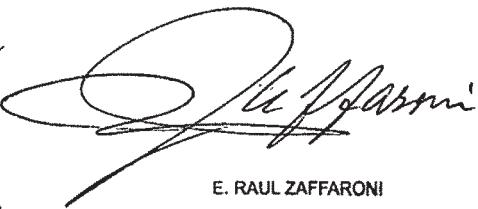
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



(CARLOS S. FAYT)



ENRIQUE S. PETRACCHI

DISI-//-
JUAN CARLOS MAQUEDA
CARMEN M. ARGIBAY

E. RAÚL ZAFFARONI

-//--DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia dictada por la sala de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 29 de enero de 2013, que confirmó la de la anterior instancia y dispuso la traba de diversas medidas precautorias sobre sus bienes, las empresas Chevron Argentina S.R.L., Ingeniero Roberto Priú S.R.L., CDC Aps y CDHC Aps, interpusieron recurso extraordinario, que fue parcialmente concedido, en lo concerniente a la interpretación del art. 5º de la Convención Interamericana sobre

el Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP) y denegado respecto de la tacha de arbitrariedad de dicho pronunciamiento, aspecto sobre el cual se dedujo la correspondiente queja ante el Tribunal.

2º) Que la decisión impugnada dio a curso a la traba de medidas cautelares, solicitada -mediante carta rogatoria- por el presidente subrogante de la Corte Provincial de Sucumbíos, República del Ecuador, dentro del marco de la citada convención de cooperación judicial internacional.

3º) Que las recurrentes al agraviarse contra la sentencia impugnada, adujeron, entre otros motivos, que las medidas cautelares que las afectaban habían sido dispuestas en un pleito dirigido contra Chevron Corporation en el cual no tuvieron participación, dado que, según expusieron, se trata de personas jurídicas distintas de la corporación petrolera demandada en Ecuador, a las que se les había extendido la sentencia dictada contra aquella empresa por aplicación de la teoría del "levantamiento del velo societario" cuestión que, manifestó el magistrado ecuatoriano a fs. 201 "se encuentra ya ejecutoriada".

4º) Que es reiterada jurisprudencia del Tribunal que las decisiones relacionadas con medidas cautelares, ya fuere que las ordenen, modifiquen o revoquen no constituyen sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso regulado por el art. 14 de ley 48 (Fallos: 310:681; 313:116; 327:5068 y 329:440, entre otros).

5º) Que, no se observan en el presente caso, motivos que justifiquen el apartamiento del criterio jurisprudencial al que se ha hecho referencia en el considerando anterior.

6º) Que ello es así porque conforme lo ha establecido el Tribunal a él "...le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado...ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional" (Fallos: 318:514, "Giroldi").

7º) Que los Estados Parte de la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares dispusieron que sus autoridades jurisdiccionales darán cumplimiento a las medidas cautelares que, "...decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto: [...]

b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas" (art. 2º).

A tal efecto el art. 1º de la Convención al referirse a qué debe entenderse, a los fines de su aplicación, por "medidas cautelares" pone en evidencia la amplitud del compromiso asumido dado que comprende a "todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil".

En un sentido correlativo a la amplitud del compromiso asumido por los estados firmantes de la convención, ésta dispone que: "Cuando se hubiere traido embargo o cualquier otra medida cautelar en materia de bienes, la persona afectada por esa medida podrá deducir ante el juez al cual se le libro el exhorto o carta rogatoria, la tercera u oposición pertinente con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen al devolversele el exhorto...La oposición se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes" (art. 5º, énfasis agregado).

La norma internacional restringe, únicamente, los supuestos de inaplicabilidad por el Estado requerido a aquellos casos en que: "el afectado justifique la absoluta improcedencia de la medida (en los que)...el juez del Estado de cumplimiento podrá levantar dicha medida de acuerdo con su propia ley" (art. 4) y cuando las medidas "...sean manifiestamente contrarias a su orden público" (art. 12).

8º) Que en este punto no se advierte que la traba de las medidas cautelares requerida en la rogatoria resulte "manifestamente contraria" a nuestro ordenamiento, cuando las normas procesales que rigen en la materia expresamente disponen que: "Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento" (art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Tal conclusión se robustece si se tiene en cuenta que tanto la Convención de cooperación judicial internacional como nuestro ordenamiento interno distinguen con precisión las características de la discusión que puede plantearse respecto de este tipo de medidas y la que se desarrollará en oportunidad de disponerse la ejecución de la sentencia.

Es clara la Convención en este aspecto cuando dispone: "El cumplimiento de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional requerido no implicará el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el mismo proceso." (art. 6º).

En un sentido concordante el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, entre otros requisitos para que una sentencia extranjera pueda ejecutarse, exige: "que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino" (inc. 4) y "que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa" (inc. 2), extremo, este último, que, de acuerdo con los rasgos distintivos de un proceso cautelar, no se exige para ordenar una medida de esa naturaleza.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se desestima el recurso extraordinario planteado, con costas, así como la queja que corre agregada por cuerda. Declarase perdido el depósito de fs. 3 bis de la presentación directa y, oportunamente, procédase a su archivo. Notifí-

quese y devuélvase el expediente principal al tribunal de origen.



CARLOS S. FAYT

Recurso extraordinario interpuesto por Chevron Argentina S.R.L, representada por el Dr. Francisco Javier Romano; y por Ingeniero Norberto Priú S.R.L, representada por el Dr. Julio César Rivera, con el patrocinio letrado de los Dres. Osvaldo Alfredo Gozainí, Ricardo Augusto Nissen y León Carlos Arslanian.

Traslado contestado por María Aguinda Salazar y otros, representados por el Dr. Martín Beretervide, con el patrocinio de los Dres. Carlos María Rotman, Rodolfo A. Ramírez y Enrique Bruchou.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala de Feria.

Tribunal que intervino con anterioridad: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I.

BANCO DE LA NACION ARGENTINA C/ CORDOBA, PROVINCIA DE S/ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (SELLOS)

IMPUESTO DE SELLOS

Las Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) no son moneda de curso legal, es decir, revisten características que las diferencian del dinero, aún entendido éste en el más amplio sentido, de lo que se desprende que las operaciones con ellas no encuadran dentro del concepto de hecho imponible del art. 188 del Código Fiscal de la Provincia de Córdoba, toda vez que la voluntad del legislador fue gravar con el impuesto de sellos sólo a las “operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero” y no lo son los referidos bonos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN

- I -

A fs. 16/26, con su rectificación de fs. 36/37, el Banco de la Nación Argentina promovió demanda contra la provincia de Córdoba, solicitando la devolución del impuesto de sellos indebidamente abonado, con más sus intereses y multa, por los documentos que habían respaldado los depósitos y extracciones efectuados en “*Letras de cancelación de obligaciones provinciales*” (LECOP, en adelante) en su sucursal 1.570 desde octubre de 2001 hasta marzo de 2002.

Explicó que el decreto 1.004/01 había autorizado e instruido al Fondo

Fiduciario para el Desarrollo Provincial a convenir e implementar un programa de emisión de LECOP y había dispuesto que el Banco de la Nación Argentina actuase como fiduciario de ese Fondo.

Indicó a continuación que la operatoria con LECOP fue regulada por sus circulares 13.622, 13.664 y 13.666 del 23/11/01, 14/12/01 y 17/12/01, respectivamente, y que permaneció al margen de las disposiciones del Banco Central de la República Argentina, pues aquella no se realizaba con moneda de curso legal.

Explicó que esa normativa permitía únicamente la realización de depósitos y extracciones en LECOP -exentos según el art. 220, inc. 12), del Código Fiscal-, mas no contemplaba los giros y las transferencias, calificación que pretende otorgarle la demandada a las transacciones aquí discutidas para así someterlas al gravamen.

Por último, invocó la aplicación de la alícuota cero que el art. 4º de la ley provincial 8.985 establece para todos los actos jurídicos que tengan por objeto las letras de cancelación de obligaciones provinciales de Córdoba, creadas por decreto provincial 2.600/01.

- II -

A fs. 70/81, la Provincia de Córdoba contestó la demanda y solicitó su rechazo.

Afirmó que, por aplicación del principio instrumental que rige en el impuesto de sellos, para evaluar la sujeción al gravamen debe estarse a lo consignado en el formulario utilizado para realizar la operación bancaria. En ese orden, señaló que el ajuste fiscal se había efectuado únicamente sobre aquellos documentos empleados para giros y transferencias en LECOP y no sobre los que mencionaban "*Depósito LECOP decreto 1.004/01*".

Con idéntico fundamento, rechazó el argumento de la urgencia esgrimido por la actora, quien había manifestado que se encontró compelida a emplear los formularios de giros y transferencias para recibir las solicitudes de depósitos y de extracciones en LECOP, ante la premura en la implementación de esta modalidad y la carencia de documentos aptos para satisfacer la demanda de las operaciones vinculadas con esos títulos.

Aseveró, para finalizar, que la realidad económica indica que las LECOP cumplieron las mismas funciones que la moneda y, por ende, podían realizarse con ellas idénticas operaciones bancarias que con el dinero de curso legal, quedando los giros y transferencias efectuados en LECOP o en pesos gravados en idénticas condiciones por el impuesto de sellos.

- III -

Pienso que V.E. sigue siendo competente para entender en el asunto, a tenor de lo dictaminado a fs. 39 y 91/92.

- IV -

Mediante la circular 13.622, del 23/11/01, el Banco de la Nación Argentina reguló la apertura de “*cuentas comitente*”, con o sin cuenta monetaria relacionada, destinadas a la “*custodia*” de las LECOP (cfr. fs. 614/617 de los antecedentes administrativos).

Se estableció allí que las operaciones se efectuarían utilizando las boletas de caja de ahorro (formulario 55.370/04), adaptadas para la recepción y extracción de esos valores, insertando en forma visible un sello con la leyenda “LECOP DECRETO 1004/01”. En el casillero correspondiente al número de cuenta, se debía consignar el de la cuenta comitente que brinda el sistema y en el renglón donde se colocaba el importe, debía quedar asentada la leyenda “LECOP” (cfr. fs. 614 de los antecedentes administrativos).

En lo que es relevante para la correcta solución de esta causa, la citada circular únicamente reguló operaciones de depósitos y extracciones de LECOP, dejando constancia de que no se podían emitir transferencias (cfr. fs. 617, quinto párrafo, de los antecedentes administrativos).

Con posterioridad se dictó la circular 13.664, del 14/12/01, destinada -entre otros aspectos- a regular las “*órdenes de entrega*” de LECOP, que podían solicitar los contribuyentes para cancelar obligaciones con impuestos nacionales, y los depósitos intersucursales de estos títulos, entre cuentas del mismo cliente o los realizados por terceros (cfr. fs. 618/627 de los antecedentes administrativos).

Se aclaró allí que las cuentas en LECOP “*son cuentas de depósito en custodia de Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) que el titular de la cuenta entrega en depósito al Banco para que éste las custodie y posteriormente las reintegre al/los titular/es.... Estas cuentas no generarán intereses. Estas letras no serán convertibles ni canjeables. En consecuencia, los depósitos/extracciones siempre se realizarán en LECOP*

” (cfr. fs. 619 de los antecedentes administrativos, el subrayado pertenece al original).

En particular, se previeron allí las siguientes operaciones que podían llevarse a cabo con estas cuentas: depósitos, créditos internos, créditos cruzados, acreditación de haberes, extracción y débitos internos (cfr. fs. 620 de los antecedentes administrativos). En lo atinente a los créditos cruzados, la propia circular aclara que consisten en la orden dada por el

cliente mediante un débito en su cuenta LECOP, o un depósito de títulos realizado por un tercero, en ambos casos para ser acreditados en una cuenta de similares características radicada en otra sucursal (cfr. fs. 625 de los antecedentes administrativos).

Por último, la circular 13.666, del 17/12/01, reprodujo en lo que aquí interesa los conceptos anteriores, reguló el pago de las órdenes de entrega libradas por los titulares de las cuentas y reiteró la utilización de las boletas de depósito selladas con la leyenda “LECOP DECRETO 1004/01” (fs. 131/142, en especial fs. 131 vta., *in fine*).

De lo hasta aquí expuesto es evidente, en mi parecer, que asiste razón a la actora cuando afirma que la normativa que regía la operatoria de estas cuentas no contemplaba la posibilidad de realizar giros y transferencias en LECOP, limitándose su función a la “custodia” de esos títulos en una “cuenta comitente” para su posterior devolución al titular de la cuenta o para su entrega a un tercero.

- V -

Hay coincidencia entre las partes en: 1) que el banco utilizó para las operaciones aquí cuestionadas unas boletas pre impresas de “giros y transferencias”; y, 2) que esas boletas son instrumentos sujetos al impuesto. La discrepancia, entonces, se circunscribe a la calificación jurídica del acto contenido en esos instrumentos.

El Fisco local sustenta su posición haciendo hincapié en el formulario empleado.

Sin embargo, un correcto análisis no puede prescindir de cotejar, junto a esas formulas pre impresas, los datos manuscritos colocados por el cliente en ellas, y la impresión por computadora labrada en él en la que, a modo de ticket-recibo, obran el nombre de la entidad financiera actora, su C.U.I.T., la sucursal, la fecha, la hora, el número de operación y de cajero interviniente, el concepto de la transacción, el número de cuenta y la sucursal a la que pertenece, el tipo de moneda, su importe y, por último, la firma, ya que el conjunto de todos ellos permite apreciar la auténtica naturaleza de la operación instrumentada.

El concepto de la operación que allí se consigna es “Crédito por fondo de terceros” y en todos ellos figura como moneda la palabra “LECOP” o “Bonos” y su importe en números (cfr. fs. 113, 114, 445 y 573/580 de los antecedentes administrativos).

En estas condiciones, pienso que debeirse estarse a los claros y precisos términos consignados por las partes en los citados documentos, más allá del formulario pre impresio empleado, pues aquéllos se erigen en la pauta fundamental para desentrañar la

voluntad de los otorgantes de la convención (Fallos: 311:1337; 314:363, entre otros). Por ello, forzoso es colegir que las operaciones analizadas, aun cuando se hayan realizado en boletas pre impresas para giros o transferencias, no se corresponden con estos conceptos, sino que se trata, indubitablemente, de depósitos realizados por un sujeto en beneficio de otro, o hacia otra cuenta del mismo titular, que generan el consecuente crédito por fondo de terceros al que hace referencia la leyenda inserta en cada uno de los instrumentos enumerados en el párrafo anterior.

Lo expuesto, en mi parecer, torna aplicable la exención contenida en el art. 221, inc. 15, del Código Tributario (texto según ley provincial 8.899, vigente durante los períodos de esta causa), para los depósitos y extracciones en entidades financieras.

En cuanto a la realidad económica a la cual apela la demandada para intentar demostrar la gravabilidad del acto, basta recordar, como ha señalado V.E., que en materia de impuesto de sellos dicho principio carece de la relevancia que pueda tener respecto a otros tributos, en razón de que lo que se grava es la instrumentación (Fallos: 327:1108, cons. 3º).

Sin perjuicio de ello, tampoco se advierten motivos por los cuales deba dejarse de lado el hecho de que se está en presencia de la instrumentación de depósitos, realizados de acuerdo a las normas de la entidad financiera que regulaban el manejo de las cuentas comitente en LECOP -en las que actora limitó su función a la "custodia" de esos títulos para su posterior devolución al titular de la cuenta o para su entrega a un tercero-, puesto que ello se adecua a la realidad económica de tal operatoria (Fallos: 320:130, cons. 6º).

- VI -

Por lo expuesto, pienso que corresponde hacer lugar a la demanda.

Buenos Aires, 5 de marzo de 2010

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Banco de la Nación Argentina c/ Córdoba, Provincia de s/ acción contencioso administrativa", de los que

Resulta:

I) A fs. 16/26 se presenta el Banco de la Nación Ar-

gentina y promueve demanda contra la Provincia de Córdoba a fin de que se revoque la resolución administrativa F 009/2004 dictada por la Dirección de Rentas provincial -confirmada por la resolución PFD 039/2005-, por la que se dispuso aprobar la determinación impositiva practicada a la referida entidad bancaria en concepto de impuesto de sellos por el rubro "*Giros y Transferencias de Fondos*", declarándola obligada al pago de la deuda allí determinada, como así también al pago de recargos resarcitorios, multas y sellado de actuación postal.

Explica que con el dictado del decreto nacional 1004/01 se autorizó e instruyó al Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial a convenir e implementar un programa de emisión de "*Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales*" (LECOP, en adelante) y se dispuso que el Banco de la Nación Argentina actuase como fiduciario de ese Fondo (artículos 1º y 3º).

Indica que la operatoria con LECOP fue regulada por sus circulares 13.622 y 13.664, del 23/11/01 y 14/12/01, respectivamente, y que permaneció al margen de las disposiciones del Banco Central de la República Argentina, pues aquélla no se realizaba con moneda de curso legal.

Señala además que esa normativa permitía únicamente la realización de depósitos y extracciones en LECOP -exentos según el artículo 221, inciso 12, del Código Fiscal- mas no contemplaba las operaciones de giros y transferencias, calificación que pretende otorgarle la demandada a las transacciones aquí discutidas para así someterlas al gravamen.

Recuerda la crisis financiera del año 2001-2002 y destaca que ante la situación de emergencia económica y la falta de formularios específicos para efectuar los depósitos en LECOP, el Banco utilizó otros formularios. Alega que la circular nº 13.664 previó que como boleta de depósito en LECOP se utilizaría un formulario al que se le estamparía un sello con la leyenda "LECOP decreto 1004/01". Agrega que en algunos casos se omitió insertar dicha leyenda (fs. 22 vta./23 vta.).

En suma, dice, la resolución F 009/2004 que se impug-

na contiene "errores conceptuales", ya que califica a los bonos LECOP nacionales como dinero de curso legal, y considera además a los depósitos efectuados en esos instrumentos, como giros o transferencias de dinero. Aduce que la única operación de transferencia o giro que el Banco podía realizar era en dinero o moneda de curso legal (pesos).

Asimismo alega que la mentada disposición violó el principio de congruencia, toda vez que, por un lado, aplicó el principio de "la realidad económica" al fundamentar que el bono LECOP sirvió como medio de pago para cancelar obligaciones, y por el otro, invocó el principio "instrumental" al observar que se utilizó un formulario incorrecto (fs. 24).

Por último, aduce que la ley local 8985 estableció en el artículo 4º la alicuota cero para todos los actos jurídicos que tengan por objeto las Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales de Córdoba (LECOP Córdoba), creadas por el decreto provincial 2600/01.

Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

II) A fs. 36/37 la actora solicita la devolución del impuesto de sellos indebidamente abonado, y limita su pretensión al respecto a la suma de \$ 344.562,81 más sus recargos y multas, por los documentos que habían respaldado los depósitos y extracciones efectuados en LECOP en su sucursal 1570 desde octubre de 2001 hasta marzo de 2002.

III) A fs. 39/39 vta. el señor Procurador Fiscal subrogante dictamina que la causa debe tramitar en la instancia originaria del Tribunal.

IV) A fs. 70/81 se presenta la Provincia de Córdoba y opone la excepción de incompetencia. En subsidio, contesta la demanda y solicita su rechazo.

Sostiene que por aplicación del principio instrumen-

tal que rige en el impuesto de sellos, para evaluar la sujeción al gravamen debe estarse a lo consignado en el formulario utilizado para realizar la operación bancaria (artículo 176 del Código Tributario local). En este contexto legal, aduce que el ajuste fiscal se efectuó únicamente sobre aquellos documentos empleados para "Giros y Transferencias en LECOP", por lo que no se gravaron los que constaban "en lugar del tomador, la figura del depositante"; ni aquellos en los que figuraban además de la opción "Giros y Transferencias de Fondos" una tercera opción "Depósito" (fs. 79/79 vta.).

Con idéntico fundamento, rechaza el argumento de la emergencia esgrimido por la actora, quien alega que se encontraba compelida a emplear los formularios de giros y transferencias para recibir las solicitudes de depósitos y de extracciones en LECOP, ante la premura en la implementación de esta modalidad y la carencia de documentos aptos para satisfacer la demanda de las operaciones vinculadas con esos títulos.

Afirma, finalmente, que la realidad económica indica que las LECOP cumplieron las mismas funciones que la moneda y, por ende, podían realizarse con ellas idénticas operaciones bancarias que con el dinero de curso legal, quedando los giros y transferencias efectuados en LECOP, o en pesos, gravados en iguales condiciones por el impuesto de sellos. Niega, por tanto, que la resolución F 009/2004 viole el principio de congruencia.

Cita los artículos 175 y 182 del Código Tributario local. Ofrece como prueba el expediente administrativo nº 0034-032244/2003. Pide que se rechace la demanda con costas.

V) A fs. 91/92 se expide la señora Procuradora Fiscal, y sobre la base de esa opinión, a fs. 94/97 el Tribunal declara que el asunto corresponde a la competencia originaria reglada por el artículo 117 de la Constitución Nacional y se rechaza la excepción de incompetencia.

VI) A fs. 226/228 dictamina la señora Procuradora Fiscal en virtud de la vista que se le corrió a fs. 210.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la cuestión de fondo consiste en resolver si la Provincia de Córdoba, en ejercicio de su potestad tributaria, y según la previsión contenida en los artículos 188, 195, 196 y concordantes del Código Fiscal local (ley 6006 -t.o. en 2004-, artículos 175, 182 y 183 -t.o. en 1988-), puede gravar con el impuesto de sellos las operaciones aquí cuestionadas en bonos "LECOP Nacionales" del Banco de la Nación Argentina -sucursal 1570- por el periodo octubre de 2001 a marzo de 2002.

Cabe aclarar que las resoluciones de la Dirección de Rentas provincial F 009/2004 y PFD 039/2005 que se impugnan en el sub examine, aprobaron la determinación impositiva practicada al referido Banco en orden al impuesto de sellos por el rubro: "*Giros y Transferencias de Fondos*" susceptibles de ser ingresados al Fisco por el Banco -en su carácter de agente de retención- sobre operaciones efectuadas por clientes alcanzados por el impuesto como contribuyentes (ver el expediente administrativo acompañado, en particular fs. 586/589, 591/594, 633/636, 637/644 y 666/673).

3º) Que es preciso recordar que por el decreto nacional 1004/2001 (en su redacción original), se autorizó e instruyó al Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial a convenir e implementar un programa de emisión de Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) con las Provincias que expresen en un plazo de treinta días su voluntad de participación en dicho programa (artículo 1º).

En el artículo 2º se dispuso que el Banco de la Nación Argentina, como fiduciario del referido Fondo emitiría, por cuenta y orden de las Jurisdicciones, títulos de deuda que se

llamarían Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP), cartulares, denominadas en pesos, por un monto total que no podría exceder la suma de pesos un mil millones (\$ 1.000.000.000), que podrían emitirse en una o varias series, tendrían vencimiento en un plazo máximo de cinco años contados desde la fecha de su emisión, podrían rescatarse anticipadamente y no devengarían intereses. Se previó además en el artículo siguiente, que dicha entidad suscribiría "con cada Jurisdicción que exprese su voluntad de participar en el Programa, un contrato de suscripción de Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP)..." (el subrayado no pertenece al original).

A su vez, en el artículo 4º del mismo cuerpo legal se estableció que las LECOP tendrían efectos cancelatorios, con plenos efectos extintivos de las obligaciones respectivas, a su valor nominal, respecto de: "a) la cancelación definitiva de obligaciones tributarias nacionales en las condiciones que prevé el Artículo 36 del Decreto 1397/79 y sus modificaciones para el dinero en efectivo, hasta que se produzca su vencimiento o sean retiradas de circulación, con excepción de los aportes y contribuciones a la seguridad social, obras sociales y de riesgos del trabajo, el impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias, y el cumplimiento de las obligaciones que correspondan a los agentes de retención o percepción de impuestos; b) el pago de los impuestos locales en las condiciones que determine cada Jurisdicción y c) el pago por parte del ESTADO NACIONAL, o de cualquier organismo, o entidad financiera nacional a las Provincias..., de los recursos de Coparticipación Federal de Impuestos o por cualquier otro concepto, incluyendo préstamos, adelantos, subsidios, etcétera, en la proporción que cada una haya suscripto respecto a la emisión total de LETRAS DE CANCELACIÓN DE OBLIGACIONES PROVINCIALES (LECOP) que se encuentre en circulación".

4º) Que de las constancias de autos surge y es un hecho no controvertido que el Banco de la Nación Argentina realizó operaciones en bonos LECOP y que utilizó para esas opera-

ciones unas boletas pre impresas de "giros y transferencias". No obstante, las partes disienten en la calificación jurídica del acto contenido en esos instrumentos, ya que mientras el actor sostiene que solo se efectuaron depósitos y extracciones en bonos LECOP exentos del gravamen, la demandada hace hincapié en que los formularios utilizados coinciden con las operaciones que se realizaron de "giros y transferencias" en LECOP y que los mencionados bonos cumplían la misma función que el dinero de curso legal (ver fs. 75 vta./77, 425/428 y 587 del expediente administrativo acompañado).

Cabe agregar que en su alegato la Provincia sostiene que las referidas operaciones de transferencias o giros de bonos LECOP "deben ser consideradas operaciones dinerarias y por lo tanto, alcanzadas por dicho tributo, sobre todo en atención a la finalidad cancelatoria con plenos efectos extintivos que le proporciona el Decreto 1004/2001" (fs. 222 vta.).

5º) Que por el artículo 188 del Código Fiscal local (ley 6006 -t.o. en 2004-, artículo 175 -t.o. en 1988-), la Provincia de Córdoba estableció que se encuentran sujetos al impuesto de sellos "los actos, contratos u operaciones de carácter oneroso instrumentados, que se realicen en el territorio de la Provincia; sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia; sobre operaciones realizadas a través de Tarjetas de Crédito o de Compras y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuados por entidades financieras regidas por la ley N° 21.526, se pagará un impuesto con arreglo a las disposiciones de este Título y de acuerdo con las alicuotas o cuotas fijas que establezca la Ley Impositiva Anual" (el subrayado no pertenece al original).

6º) Que de dicho texto legal se desprende de manera inequívoca que las operaciones monetarias están sujetas al gravamen siempre que: a) sean realizados por entidades financieras comprendidas en la ley 21.526, b) devenguen interés y c) repre-

senten una entrega o recepción de dinero. En este marco, la primera cuestión a dilucidar es determinar entonces si las Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) constituyen o no "operaciones monetarias en dinero"; pues en el caso de llegarase a una conclusión contraria sería inoficioso todo examen y decisión sobre la naturaleza de las operaciones que se llevaron a cabo en el Banco de la Nación Argentina (ver considerando 4º).

7º) Que en el precedente "Punte, Roberto Antonio" (Fallos: 324:606), esta Corte ha definido el concepto de dinero y ha expresado que: "como lo ha señalado el Tribunal Supremo de España, la palabra 'dinero', en su acepción gramatical y jurídica, significa usualmente 'moneda corriente' (sentencia del 5 de julio de 1893, citada por Blas Pérez González y José Alguer en sus adiciones al 'Tratado de Derecho Civil' de Ludwig Ennecerus, Parte General, Barcelona, 1953, vol. I, pág. 550; en idéntico sentido: Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, primera acepción de la voz 'dinero'). En la doctrina nacional, Llambias lo define en términos similares, como la 'moneda autorizada por el Estado' ('Tratado de derecho civil - Obligaciones', T. II-A, pág. 170), expresión que concuerda con el concepto estricto del dinero que exponen Ennecerus -'signo de valor reconocido por disposición del derecho'- y Von Tuhr -'medios cambiarios reconocidos por el Estado'- (confr. L. Ennecerus, ob. cit., pág. 546 y Andreas Von Tuhr, 'Tratado de las obligaciones', Madrid, 1934, t. I, pág. 46). Dicho con otras palabras, se trata de aquellas cosas que tiene que aceptar el acreedor a quien se debe el valor de un objeto... (confr. Ennecerus, ob. cit., pág. 546; Von Tuhr, ob. cit., pág. 46; Francisco Vito, 'Curso de Economía Política', Madrid, 1961, pág. 506; Eduardo Busso, 'Código Civil Anotado', Bs. As., 1958, t. IV, pág. 211; Jorge Bustamante Alsina, 'Las obligaciones de dar sumas de dinero después de la ley 23.928', LL 1991-C-1027)".

También se indicó que es dable admitir "un concepto lato del dinero, que consistiría así en las cosas muebles (metal o papel) que el comercio utiliza como medida de valor para toda clase de bienes; tales serían los signos monetarios extranjeros

y los billetes de banco extranjeros y del país, en la medida en que sean aceptados por el comercio (Enneccerus, ob. cit., págs. 545/546; Von Tuhr, ob. cit., pág. 45/46). Este concepto amplio se ve reflejado en el artículo 617 del Código Civil (modificado por la ley 23.928), según el cual las obligaciones de dar moneda extranjera —que son dinero en sentido estricto en sus países de origen, pero carecen de curso legal en el nuestro— deben considerarse como de dar sumas de dinero”.

8º) Que en lo atinente a las Letras de Cancelación de Obligaciones provinciales que se examinan en este caso, este Tribunal ha establecido que los títulos de esa índole no son moneda de curso legal. En efecto, en el precedente “Núñez, Carlos Alberto” (Fallos: 326:3415), esta Corte ha dicho con relación a las Letras de Tesorería para Cancelación de Obligaciones de la Provincia de Buenos Aires, denominadas “Patacón” que “aun cuando estos títulos hayan sido nominados en pesos (artículo 8º de la ley 12.727), extingan las obligaciones que con ellos se cancelan (artículo 11) y puedan aplicarse al pago de obligaciones con la provincia e incluso con el Banco de la Provincia de Buenos Aires (artículo 13), resulta claro que carecen de las cualidades de la moneda de curso legal —esto es, fuerza liberatoria y aceptación irrestricta en todo el ámbito del Estado que solo posee la emitida con autorización del Congreso Nacional (artículo 75, incisos 6º y 11, de la Constitución Nacional)”. En dicha oportunidad se agregó que “se trata de una de las facultades que las provincias han delegado expresamente a la Nación y que, por ende, no conservan (artículo 126 ídem)”.

Asimismo, se puso de resalto que “tal conclusión, no se altera por la circunstancia fáctica que, durante su vigencia, esos títulos circulen y se los utilice con fin cancelatorio fuera del ámbito geográfico de la provincia que los emitió..., pues ello carece de aptitud para alterar las limitaciones que determina su régimen legal ni, mucho menos, enmendar los aludidos principios constitucionales. Otro tanto ocurre, con la invocada posibilidad de cancelar obligaciones tributarias nacionales con

esas letras..., pues se trata de un régimen transitorio, con determinadas exclusiones y que además autoriza el rechazo de esos pagos en los casos en los que la norma establece, lo que es propio de su carácter no monetario".

9º) Que de lo expuesto en los considerandos precedentes se deduce con nitidez que las Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) no son moneda de curso legal, es decir, revisten características que las diferencian del dinero, aún entendido éste en el más amplio de los sentidos indicados en el considerando 7º. De ello se desprende que las operaciones con Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) no encuadran dentro del concepto de hecho imponible del artículo 188 del Código Fiscal local, toda vez que la voluntad del legislador fue gravar con el impuesto de sellos sólo a las "operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero" y no lo son los referidos bonos. La inequívoca claridad del texto de la norma obsta otra interpretación.

Por tanto, el criterio del Fisco provincial expresado en las resoluciones impugnadas no puede tener cabida sin lesión al principio de legalidad fiscal, que exige que una ley formal tipifique el hecho que se considere imponible y que constituya la posterior causa de la obligación tributaria (Fallos: 294:152; 303:245 y 326:3415 ya citado). Tal extremo conduce a la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada.

10) Que a mayor abundamiento, cabe poner de relieve las circunstancias referidas por el perito contador oficial, cuando en su dictamen que corre a fs. 161/163, y en las explicaciones que dio sobre su informe a fs. 178/183, como consecuencia del pedido formulado por las partes, indicó que el artículo 188 del Código tributario local dispuso que el impuesto sólo puede recaer sobre las operaciones monetarias en dinero y que las Letras de Cancelación de Obligaciones Provinciales (LECOP) no son dinero sino bonos que tienen "un poder cancelatorio restringido" en virtud de lo previsto en el artículo 4º del decreto 1004/2001 (ver fs. 161/162, respuesta "a" y fs. 179).

En relación a este punto explicó que por el artículo 12 de la ley 25.561 se estableció que dentro del plazo y en la forma que oportunamente establezca la reglamentación, el Poder Ejecutivo Nacional dispondría "los recaudos necesarios para proceder al canje de los títulos nacionales y provinciales que hubiesen sido emitidos como sustitutos de la moneda nacional de curso legal en todo el territorio del país, previo acuerdo con todas las jurisdicciones provinciales". Con posterioridad, dijo, mediante el artículo 1º del decreto nacional 743/2003 se creó el Programa de Unificación Monetaria, con el objeto de retirar los títulos provinciales que reúnan las características enunciadas en el artículo 12 de la ley 25.561 y reemplazarlos por moneda nacional de curso legal (fs. 180/181).

Recordó a continuación que en los considerandos del citado decreto se puso de resalto que "la emisión de títulos provinciales con características de quasi-moneda de circulación provincial", que sirvieran en el año 2001 y los meses iniciales de 2002 para evitar una profundización de la crisis y que derivaran de decisiones adoptadas en el 2001 a nivel nacional, debió ser no solo interrumpida tal como se fijó en los Programas de Financiamiento aprobados en el 2002, sino que debe además ser reabsorbida" y que "ello es fundamental para asegurar la reunificación monetaria y garantizar la circulación de una única unidad monetaria de curso legal y de carácter nacional" (ver que el subrayado no pertenece al original y que por el decreto nacional 957/2003 se incluye a las LECOP en el referido Programa de Unificación Monetaria).

11) Que, por último, el principio de legalidad que rige en la materia -confr. artículos 4º, 17 y 75, inciso 2º, de la Constitución Nacional y artículo 104, inciso 32, de la Constitución de Córdoba- impide que se exija un tributo en supuestos que no estén expresamente contemplados por la ley (Fallos: 316:1115 y causa N.197.XXXVII "Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Salta, Provincia de s/ ac-

ción declarativa", sentencia del 7 de febrero de 2006, entre otros).

El código fiscal de la Provincia de Córdoba también recepta dicho principio en su artículo 2º, al disponer que ningún tributo puede ser creado, modificado o suprimido sino en virtud de Ley. Sólo la ley, dice, puede definir el hecho imponible; indicar el contribuyente y, en su caso, el responsable del pago del tributo; determinar la base imponible; fijar la alicuota o monto del tributo; establecer exenciones y reducciones y tipificar las infracciones y establecer las respectivas penalidades. Se aclara además que "las normas que regulen las materias anteriormente enumeradas no pueden ser integradas por analogía" (ley 6006, -t.o. 2004-).

12) Que el principio de legalidad, como base de la imposición y las garantías constitucionales, es el límite en el cual ha de detenerse el proceso interpretativo; razón por la cual en materia impositiva no resulta aplicable la interpretación analógica (conf. arg. Fallos: 209:87 y causa N.197.XXXVII antes citada).

13) Que lo expuesto en los considerandos precedentes, se corresponde de manera adecuada "con la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria" (Fallos: 312:912 y sus citas; 315:820; 316:1115 y 327:1051).

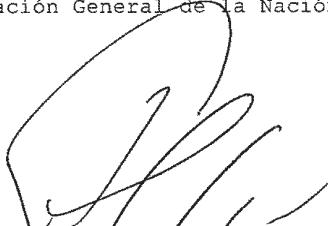
14) Que en tales condiciones, corresponde hacer lugar al pedido de reintegro de la actora de la suma de \$ 344.562,81 que abonó a la Dirección de Rentas provincial en concepto de impuesto de sellos por las operaciones en bonos "LECOP Nacionales", recargos, multa por omisión e intereses por mora (fs. 4/4 vta., 6/11, 33, 36/37, 211/211 vta.), más los intereses, los que se computarán desde el 21 de abril de 2005 (fs. 4/4 vta.) y hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva promedio que publica men-

sualmente el Banco Central de la República Argentina (conf. causas "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 19 de agosto de 2004 y "Goldstein, Mónica c/ Santa Cruz, Provincia de", Fallos: 328:1569).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: I.- Hacer lugar a la demanda iniciada por el Banco de la Nación Argentina contra la Provincia de Córdoba y, en consecuencia, declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada con relación a las operaciones objeto del litigio; II.- Condenar a la demandada a devolver a la actora, dentro del plazo de treinta días, la suma de \$ 344.562,81, más sus intereses, los que deberán ser calculados de acuerdo a las pautas fijadas en el considerando precedente.

-//-

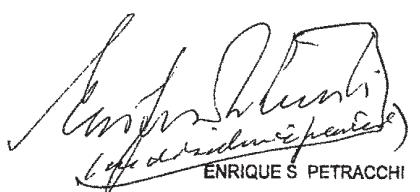
-//Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.



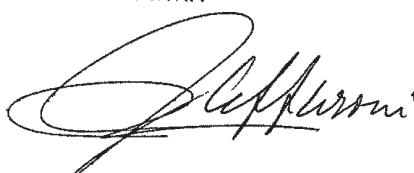
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



CARLOS S. FAYT

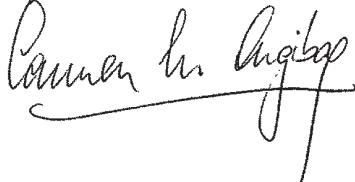


ENRIQUE S. PETRACCHI
(que designó a su representante)



E. RAÚL ZAFFARONI

DISI-//-



CARMEN M. ARGIBAY

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º al 13 del voto de la mayoría.

14) Que en tales condiciones, corresponde hacer lugar al pedido de reintegro de la actora de la suma de \$ 344.562,81 que abonó a la Dirección de Rentas provincial en concepto de impuesto de sellos por las operaciones en bonos "LECOP Nacionales", recargos, multa por omisión e intereses por mora (fs. 4/4 vta., 6/11, 33, 36/37, 211/211 vta.), más los intereses, los que se computarán desde el 21 de abril de 2005 (fs. 4/4 vta.) y hasta el efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (conf. causas "Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios", sentencia del 19 de agosto de 2004, disidencia de los jueces Petracchi, Belluscio y Vázquez y "Goldstein, Mónica c/ Santa Cruz, Provincia de", disidencia parcial de los jueces Petracchi, Belluscio y Lorenzetti, Fallos: 328:1569).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: I.- Hacer lugar a la demanda iniciada por el Banco de la Nación Argentina contra la Provincia de Córdoba y, en consecuencia, declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada con relación a las operaciones objeto del litigio; II.- Condenar a la demandada a devolver a la actora, dentro del plazo de treinta días, la suma de \$ 344.562,81, más sus intereses, los que deberán ser calculados de acuerdo a las pautas fijadas en el considerando precedente. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Pro-

curación General de la Nación y, oportunamente, archívese.



ENRIQUE S. PETRACCHI

Nombre del actor: Banco de la Nación Argentina.

Nombre del demandado: Provincia de Córdoba.

Profesionales intervinientes: Dres. Carla S. Rodríguez; Juan Carlos Paladino; Claudio M. Viale; Elea Peliche y Carlos A. Peracca.

Ministerio Público: Dres. Ricardo O. Bausset y Laura Monti.

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ ESTADO
NACIONAL - MINISTERIO DE ECONOMIA - DTO. 905/02
S/PROCESO DE CONOCIMIENTO

TASA DE JUSTICIA

Corresponde revocar la sentencia que consideró que la actora no se encontraba beneficiada por ninguna dispensa para negarse al pago de la tasa de justicia si el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sus bienes, actos, contratos y operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor, están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza (art. 4º de la Carta Orgánica, ley 9434) y estas dispensas, concedidas por la Provincia a su Banco, deben ser respetadas por las autoridades nacionales, pues gozan de la misma supremacía que corresponde a las disposiciones de orden constitucional sobre las leyes nacionales y provinciales, a mérito de los dispuesto por los arts. 31 y 104 de la Carta Fundamental y 2 y 3 de la ley 1029, sin que corresponda efectuar distinción alguna entre "impuestos" y "tasas" a la luz de la redacción amplia empleada por el legislador local.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

TASA DE JUSTICIA

Si el Banco de la Provincia de Buenos Aires acude a los tribunales nacionales o federales para hacer valer los derechos que considera que le asisten, debe someterse a las reglas procesales que resultan aplicables a quienes litigan ante tales tribunales y a las cargas económicas establecidas al respecto por las normas nacionales, entre las que se encuentra la tasa de justicia regulada por la ley 23.898 y sus modificatorias (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 155/157 de los autos principales (a los que se referirán las siguientes citas), la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la oposición al pago de la tasa de justicia devengada en autos presentada por la entidad bancaria actora.

Para así decidir, manifestó que todos los procesos judiciales deben tributar esta gabela y que la actora no se encuentra beneficiada por ninguna dispensa para negarse a hacerlo, ni en la ley del tributo ni en el art. 4º de su Carta Orgánica (ley provincial 9.434).

Destacó que tampoco resulta de aplicación lo resuelto en Fallos: 330:4988 puesto que el fundamento dogmático de la inmunidad fiscal de las entidades públicas es válido para los “*impuestos*” pero no para las “*tasas*”, toda vez que la causa jurídica de estas últimas no es la capacidad contributiva sino la prestación de un servicio individualizado. En tal sentido, el Estado o sus dependencias pueden ser sometidos al pago de tal especie de gravamen si el presupuesto de hecho aparece atribuible a ellos, pues nada se opone a esta atribución.

Reconoció que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 7º del Pacto de San José de Flores, la Provincia de Buenos Aires se reservó el derecho de legislar y gobernar su Banco frente a las restantes autoridades del país y, en consecuencia, éste se encuentra sometido a la jurisdicción y legislación exclusiva de la Provincia. Empero, añadió, ello sólo puede referirse al poder tributario de gravar con “*impuestos*” sus bienes o actividades, sin que quiera interpretar que se esté ante un óbice para hacer frente a una “*tasa*” por un servicio prestado por un tribunal de la Nación.

Por último, advirtió que no se ha demostrado que el pago de la gabela obste al desenvolvimiento de las actividades que desarrolla el Banco.

- II -

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 166/184 que, denegado a fs. 192, da origen a esta queja.

Señala que plantea una cuestión federal bastante para la apertura de la instancia prevista en el art. 14, inc. 3º, de la ley 48, en tanto se han puesto en tela de juicio las particulares características que ostenta el Banco de la Provincia de Buenos Aires frente a la ley nacional 23.898 de tasas judiciales, en clara contradicción y vulneración de sus derechos

constitucionalmente consagrados.

Indica que la sentencia atenta contra el art. 31 de la Constitución Nacional, en cuanto exceptúa de la supremacía del derecho federal a la Provincia de Buenos Aires, respecto de los “*tratados ratificados después del 11 de noviembre de 1859*”, conjuntamente con el art. 121 que establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y “*el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”.

- III -

A mi modo de ver, el remedio intentado es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de cláusulas constitucionales (arts. 31 y 121 de la Constitución Nacional) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa fue contraria a la tesis sostenida por el recurrente con fundamento en ella (art. 14, inc. 31, ley 48).

- IV -

Desde mi óptica, la cuestión debatida en autos guarda sustancial analogía con la ya examinada por V.E. en Fallos: 186:170, doctrina reiterada recientemente en Fallos: 330:4988, entre otros.

En aquella oportunidad, la Corte resaltó que la garantía dada por el Gobierno de la Confederación al de la Provincia de Buenos Aires respecto de su Banco, aparece incorporada por los convencionales de 1860 a los arts. 31 y 104 -hoy 121- de la Constitución Nacional. Este último dispone, en efecto, que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

En tal sentido, sostuvo que el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en mérito de antecedentes históricos y legales cuya fuerza de convicción no es posible desconocer, se encuentra sujeto desde la fecha del Pacto -noviembre de 1859- a la jurisdicción y legislación exclusivas de la Provincia y, por consiguiente, dentro de la situación excepcional que le crean a aquél los arts. 31 y 104 de la Constitución Nacional y 2 y 3 de la ley 1029.

En uso de estas atribuciones, la Provincia de Buenos Aires estableció que: “*El Banco, sus bienes, actos, contratos y operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor,*

están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza. El Banco abonará exclusivamente el servicio de obras, la tasa por alumbrado, limpieza y conservación de la vía pública y la contribución de mejoras” (art. 4º de su Carta Orgánica, ley 9.434).

Desde esta perspectiva, es evidente para mí que estas dispensas, concedidas por la Provincia a su Banco, “deben ser respetadas por las autoridades nacionales, pues gozan de la misma supremacía que corresponde a las disposiciones de orden constitucional sobre las leyes nacionales y provinciales, a mérito de lo dispuesto por los arts. 31 y 104 de la Carta Fundamental y 2 y 3 de la ley 1029...” (Fallos: 186:170) sin que corresponda efectuar distinción alguna entre “impuestos” y “tasas” a la luz de la redacción amplia empleada por el legislador local para liberar a la institución financiera de “todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza”.

Por último, cabe destacar, como se hizo en Fallos: 186:170 al glosar el art. 7º del Pacto que -como en el caso de autos- era el decisivo a fin de resolver la contienda, “si se estimara que el privilegio de exención alegado por el Banco es excesivo, cabe recordar que él fue, en parte, el precio de la unión e integridad nacional; que respondió a un determinismo histórico y económico de fuerte gravitación y hondo arraigo; y que los beneficios obtenidos por el país superan -con creces- al sacrificio que puede importar la exención acordada”.

- V -

Por lo hasta aquí expuesto, considero que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y -por los fundamentos aquí vertidos- hacer lugar a la oposición al pago de la tasa de justicia presentada por la entidad bancaria actora.

Buenos Aires, 16 de marzo de 2011
LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de junio de 2013.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía- dto. 905/02 s/ proceso de conocimiento”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

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

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, haciéndose lugar a la oposición al pago de la tasa de justicia formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Con costas por su orden en razón de la índole de la cuestión debatida y las particularidades del caso. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito de fs. 43. Notifíquese y devuélvase.



The image shows four handwritten signatures arranged in a cluster. On the left, there is a large signature of Elena I. Highton de Nolasco. Next to it is a signature of Enrique S. Petracchi. To the right is a signature of E. Raúl Zaffaroni. Above the last two signatures is a signature of Carlos S. Fayt. Below the signatures, there are some handwritten initials and a stamp that reads "DISI //".

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO
ENRIQUE S. PETRACCHI
E. RAUL ZAFFARONI
CARLOS S. FAYT
DISI //
JUAN CARLOS MAQUEDA

-//--DENCIA DE LA SEÑORA VOCEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar lo decidido en la instancia anterior, rechazó la oposición al pago de la tasa de justicia (ley 23.898) formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 155/157 de las actuaciones prin-

cipales).

2º) Que para decidir en el sentido indicado, la cámara sostuvo —tras señalar que “la tasa judicial es un tributo cuyo hecho generador es la prestación por parte del Estado del servicio público de administración de justicia, de uso facultativo del eventual accionante, siempre que produzca el correspondiente desgaste jurisdiccional”—, que todas las actuaciones judiciales deben tributar la mencionada gabela, salvo que se hallen expresamente exentas por causa de la persona o por la especie de actuación de que se trate; y que el Banco de la Provincia de Buenos Aires no se encuentra en tal situación, pues la Carta Orgánica de la mencionada entidad bancaria (ley provincial 9434) en su artículo 4º “no menciona a la tasa de justicia entre los tributos exentos”.

Por otra parte, consideró que no resulta aplicable al sub examine lo resuelto por esta Corte en el caso de *Fallos: 330:4988*, pues en él se cuestionaba el carácter de contribuyente de derecho en el impuesto al valor agregado de esta entidad bancaria, respecto de colocaciones y prestaciones financieras, en tanto que, en los presentes autos, se trata de una tasa, y a su respecto se requiere, para que proceda su cobro —a diferencia del impuesto—, que se preste un servicio público individualizado en el obligado. A ello agregó que el fundamento de la inmunidad fiscal de las entidades públicas y de sus dependencias respecto de los impuestos “es una consecuencia de la naturaleza substancial del hecho imponible en correspondencia con su causa jurídica” y ese fundamento vale para los impuestos pero no para las tasas, en virtud de que la causa jurídica de ese tributo no es la capacidad contributiva sino la prestación de un servicio individualizado en el contribuyente.

Finalmente, expresó que la reserva del derecho de legislar y gobernar el Banco de la Provincia de Buenos Aires frente a las autoridades federales, reconocida a la Provincia de Buenos Aires a raíz de lo establecido en el Pacto de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859, “solo puede referirse al

poder tributario de gravar con impuestos sus bienes o actividades", pero "de modo alguno puede interpretarse como un óbice para tributar una tasa por un servicio prestado por un tribunal de la Nación".

3º) Que contra tal sentencia, la entidad bancaria actora interpuso recurso extraordinario (fs. 166/184 de los autos principales) que, al ser denegado, dio motivo a la presente queja. La apelante aduce que en el sub lite se suscita cuestión federal bastante para su consideración en la instancia del art. 14 de la ley 48, en tanto se pretende aplicar una ley nacional -ley 23.898 de tasas judiciales- en contradicción y vulnerando derechos constitucionalmente consagrados al Banco de la Provincia de Buenos Aires. Al respecto, afirma que la sentencia "atenta contra el artículo 31 de la Constitución Nacional, en cuanto exceptúa de la supremacía del derecho federal a la Provincia de Buenos Aires, respecto de los 'tratados ratificados después del 11 de noviembre de 1859' (Pacto de San José de Flores), conjuntamente con el art. 121 que establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal 'y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación'".

4º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, dado que se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de naturaleza federal, y lo resuelto es adverso al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

5º) Que la cuestión que se plantea en los presentes autos radica en determinar si el art. 7º del Pacto de San José de Flores, en cuanto establece que "todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y número que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por la autoridad de la Provincia"; y el art. 4º de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires que dispone una exención impositiva en favor de dicha entidad, amparan la pretensión del banco provincial de eximirse del pago

de la tasa de justicia en una causa promovida ante los tribunales federales.

6º) Que esta Corte, al decidir en el año 2007 un pleito entre el Banco de la Provincia de Buenos Aires y la Dirección General Impositiva (*Fallos: 330:4988*), ratificó su conocida jurisprudencia (confr. *Fallos: 186:170* y *301:1010*, entre otros), según la cual "...a mérito de antecedentes históricos y legales cuya fuerza de convicción no es posible desconocer (...) se impone la conclusión de que el Banco de la Provincia de Buenos Aires (...) se encuentra sujeto desde la fecha del pacto de noviembre de 1859 a la jurisdicción y legislación exclusivas de la Provincia y, por consiguiente, dentro de la situación de excepción que le crean a aquél los arts. 31 y 104 de la Constitución Nacional..." (considerando 7º, segundo párrafo), bien que con la aclaración de que en rigor es el último de los artículos citados –correspondiente al actual art. 121– al que debe reconducirse la cuestión (conf. considerando 20, *in fine*). Asimismo el Tribunal ha tenido oportunidad de referirse al modo en que se gestó el referido Pacto y de destacar su importancia institucional, en cuanto constituye –como se señaló en *Fallos: 256:588*– uno de los pilares históricos de la Constitución Nacional (confr., al respecto, *Fallos: 186:170*; *239:251*; *330:4988*, entre otros).

7º) Que en tal sentido, el Tribunal ha señalado que el Banco de la Provincia de Buenos Aires es "la institución de crédito que la provincia se reservó en propiedad y jurisdicción con el asentimiento de la Nación en horas solemnes para la paz, la integridad y la armonía de la República ... y que el gobierno y legislación concernientes a dicha propiedad carece de límite temporal por lo que está destinado a regir en cualquier tiempo" (*Fallos: 330:4988*, considerando 17, último párrafo y sus citas). Al respecto agregó que "si se estimara que el privilegio de exención alegado por el Banco es excesivo, cabe recordar que él fue, en parte, el precio de la unión e integridad nacional; que respondió a un determinismo histórico y económico de fuerte gra-

vitación y hondo arraigo; y que los beneficios obtenidos por el país superan –con creces– al sacrificio que puede importar la exención acordada” (considerando 13, último párrafo, *in fine*, del citado precedente de *Fallos*: 330:4988).

8º) Que la reseña efectuada es suficiente para poner de relieve que esta Corte, de manera constante, ha reconocido –y reconoce– los privilegios de los establecimientos públicos de la Provincia de Buenos Aires y, en especial, de su Banco, que tienen como fundamento lo establecido por el art. 7º del recordado Pacto de San José de Flores, en cuanto garantiza que aquéllos seguirán siendo “gobernados y legislados por la autoridad de la provincia”.

9º) Que sin embargo, no puede conferirse a las prerrogativas otorgadas a la provincia por esa cláusula un alcance tal, que comprenda aspectos relativos a la actuación del Banco de la Provincia ante los tribunales federales. En efecto, si dicha entidad acude a los tribunales nacionales o federales para hacer valer los derechos que considera que le asisten, debe someterse a las reglas procesales que resultan aplicables a quienes litigan ante tales tribunales, y a las cargas económicas establecidas al respecto por las normas nacionales, entre las que se encuentra la tasa de justicia regulada por la ley 23.898 y sus modificatorias.

10) Que, a mayor abundamiento, no puede dejar de ponerse de relieve –tal como acertadamente lo señaló el a quo en su sentencia– que la circunstancia de que –con sustento en el aludido Pacto del 11 de noviembre de 1859– se haya reconocido al Banco de la Provincia de Buenos Aires inmunidad fiscal frente al impuesto al valor agregado, no determina que a igual conclusión debe llegarse en lo referente a una tasa, pues en esta última categoría de tributos el hecho generador se vincula con la actuación del Estado –*lato sensu*– individualizada en el contribuyente (confr. *Fallos*: 312:1575), como sucede respecto de la tasa judicial, con la presentación efectuada ante un tribunal requiriendo su intervención (confr. *Fallos*: 291:44 y 323:610, consi-

derando 11). Y en orden a ello, no parece que las prerrogativas conferidas por el art. 7º del Pacto de San José de Flores, en favor de la Provincia de Buenos Aires, puedan prevalecer sobre la potestad del Congreso Nacional de establecer un tributo que grave las presentaciones efectuadas ante los tribunales nacionales y de fijar las exenciones que estime pertinentes.

11) Que con relación a lo expuesto cabe recordar que es doctrina pacífica de esta Corte que en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de la adopción de cada criterio hermenéutico, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482; 302:1284; 311:1925; 319:1765 y 2594, entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden en razón de la indole de la cuestión debatida y las particularidades del caso. Agréguese la queja al expediente principal y reintégrese el depósito de fs. 43. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Recurso de hecho interpuesto por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, representado por la Dra. Guadalupe del Rosario de Hernández, con el patrocinio de la Dra. María Claudia Larralde.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 1.

BIOTAY SA C/ EN - DGA - RESOL 1529/08 178/09
S/DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS

FACTOR DE CONVERGENCIA

Cabe revocar parcialmente la sentencia que -aplicando el criterio de “Jurado Golf” (Fallos: 334:1198)- hizo lugar a la pretensión de la actora en cuanto había solicitado a la DGA la repetición del “factor de convergencia” establecido por el decreto 803/01, que en su momento había sido obligada a abonar por una serie de operaciones de exportación de productos, debiendo excluirse del debate tanto la naturaleza tributaria del pago del “factor de convergencia”, como así también su inconstitucionalidad -conforme el precedente citado-, sin perjuicio de lo cual, en la etapa procesal oportuna, deberá verificarse el monto de la acreencia en la inteligencia de que resultan excluidos del régimen de consolidación los supuestos cuyos importes sean inferiores al establecido en el decreto 1647/2009, respecto de los cuales, a los efectos de percibir el crédito reconocido, deberá estarse al criterio del precedente “ADM Argentina S.A” (Fallos: 335:16), conforme el cual el importe respectivo deberá transformarse a pesos, a la paridad de un dólar estadounidense igual a un peso más CER.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

Las normas del régimen de consolidación son de orden público en virtud de las disposiciones expresas de los arts. 16 de la ley 23.982 y 13 de la ley 25.344, y sus alcances han sido precisados en el sentido de que su aplicación resulta inexcusable e inmediata, prevalecen ante toda legislación general y no es posible apartarse de ellas cuando se trata de deudas pasibles de ser consolidadas, es decir que aquel régimen debe ser aplicado de oficio, aun cuando las partes no lo hubieran invocado.
-Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite parcialmente-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 89/90, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior (ver fs. 131/133 vta.) y, en consecuencia, hizo lugar a la pretensión de la actora en cuanto había solicitado a la Administración General de Aduanas la repetición del “factor de convergencia” establecido por el decreto 803/01, que en su momento había sido obligada a abonar por una serie de operaciones de exportación de productos -cuyos respectivos despachos obran en copia a fs. 13/58, y sus originales corren por cuerda-.

Para así decidir, por razones de economía procesal y dejando a salvo su opinión, aplicó el criterio sentado por V.E. en la causa de Fallos: 334:1198 ("Jurado Golf"), en la que se dejó en claro que dicho concepto constituía, sin hesitación, una contribución en los términos de los arts. 4º y 17º de la Constitución Nacional, de inocultable naturaleza tributaria, toda vez que se trataba de una suma de dinero que preceptivamente debían sufragar algunos sujetos pasivos, determinados por esa norma, en virtud de ciertas consideraciones de capacidad para contribuir, y que se hallaba destinada a la cobertura de gastos públicos.

Por tal razón, y sentado así su carácter tributario, declaró la inconstitucionalidad del decreto 803/01 en ese punto, y ordenó la devolución de las sumas abonadas, en los términos solicitados por la actora, es decir en dólares estadounidenses o bien en su equivalente en pesos a la cotización del dólar libre al día anterior al del pago, con sus respectivos intereses.

- II -

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 95/103.

Centró su agravio exclusivamente en la modalidad en que fue concedida la repetición, expresando que con el dictado del decreto 214/02 quedaron convertidas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen, judicial o extrajudicial, que estuvieran expresadas en dólares estadounidenses. Con cita del precedente "Massa", sostuvo que resulta aplicable a la especie lo normado en el decreto 1.043/03.

- III -

En lo tocante al recurso federal de fs. 114/120, opino que resulta admisible en lo formal, dado que se halla controvertida la inteligencia a asignar a normas federales (decretos 803/01, 214/02 y normas complementarias), y la resolución del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la sostenida por la recurrente.

Por otra parte, no es ocioso recordar que, en su tarea de establecer la correcta interpretación de las normas de carácter federal, V.E. no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (arg. Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

- IV -

Ha quedado fuera de debate tanto la naturaleza tributaria del pago del "factor de convergencia" establecido por el decreto 803/01, como así también su constitucionalidad, todo ello de acuerdo con los términos del precedente de Fallos: 334:1198.

Por ende, la única cuestión a dilucidar en esta instancia radica en la manera en que ha de procederse a la devolución de las sumas abonadas al momento de documentar los respectivos despachos de importación, ingresadas en dólares estadounidenses, las que constituyen una deuda del Estado Nacional, en sentido lato.

A mi modo de ver, debe tenerse en cuenta que la obligación del Estado de restituir nació al momento de recibir el pago de lo indebido, sin que ello se vea afectado por lo normado en los arts. 815, 816 y cc. del Código Aduanero que, por voluntad del legislador, únicamente desplaza el comienzo del cómputo del término de prescripción para repetir al 1º de enero del año siguiente al de la fecha en que se hubiera efectuado aquél pago.

En este orden de ideas, advierto que, con excepción del abono realizado con motivo de documentar el despacho IC04-000022-Z (ver copia a fs. 22), fechado el 2 de enero del 2002, los restantes pagos incausados fueron efectuados con antelación al 31 de diciembre de 2001, hecho que los deja comprendidos en los alcances del capítulo V de la ley 25.344, modificada por su similar 25.725.

Efectivamente, por ser esas obligaciones de causa o título posterior al 1º de abril de 1991 y anterior al 31 de diciembre de 2001 quedan consolidadas en los términos de los arts. 13 de la ley 25.344 y 58 de la ley 25.725. Es oportuno destacar que las normas del régimen de consolidación son de orden público en virtud de las disposiciones expresas de los arts. 16 de la ley 23.982 y 13 de la ley 25.344, y sus alcances han sido precisados en el sentido de que su aplicación resulta inexcusable e inmediata, prevalecen ante toda legislación general y no es posible apartarse de ella cuando se trata de deudas pasibles de ser consolidadas, es decir que aquel régimen debe ser aplicado de oficio, aun cuando las partes no lo hubieran invocado (*Fallos: 317:1342, 331:1434 y 332:979, entre muchos otros*).

Resta indicar que, toda vez que las obligaciones contraídas originalmente en moneda extranjera que deban consolidarse en los términos de las leyes 25.344 y 25.725 -como en este caso- se encuentran alcanzadas por el art. 8º del decreto 214/02 (arg. art. 10 de la ley 25.565 y art. 1º, último párrafo, del decreto 1.873/02), corresponde que, a fin de percibir los créditos reconocidos y sus respectivos intereses, la actora siga necesariamente el trámite administrativo previsto por aquellas leyes y su reglamentación, pues se ha producido la novación de la obligación original y de sus accesorios, y subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación legal (cfr. doctrina de *Fallos: 329:4309, entre otras*).

Y, con relación a la devolución de lo obornado en virtud del mencionado despacho IC04-000022-Z, presentado el 2 de enero del 2002, estimo que la obligación de restituir no se rige por el decreto 1.043/2003, tal como lo pretende la demandada, porque dicho reglamento se refiere, exclusivamente, al pago del monto resultante de la aplicación del "factor de convergencia" para operaciones de exportación, supuesto ajeno al de autos.

Tengo para mí que, por razones de sustancial analogía, deviene aplicable el criterio fijado por V.E. en la

causa A.818, L.XLVI, "ADM Argentina S.A. (TF 21.394-A) c/ DGA", del 14 de febrero del corriente año, en cuanto consideró regido el asunto por lo dispuesto por los arts. 1°, 4° y 8° del decreto 214/02, con remisión al precedente B.828, L.XLIII, "Bridgestone Firestone Argentina S.A. (TF 16.674-A) c/ Dirección General de aduanas", del 27 de abril del 2010. Por tal motivo, en mi criterio, el importe respectivo deberá transformarse a pesos, a la paridad de un dólar estadounidense igual a un peso, y se aplicará el "coeficiente de estabilización de referencia" (CER).

- V -

En virtud de lo expuesto, opino que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso y ordenar que la devolución se practique conforme a las pautas aquí sentadas.

Buenos Aires, 31 de julio de 2012.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de junio del 2013.

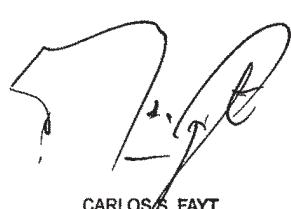
Vistos los autos: "Biotay SA c/ EN - DGA - resol. 1529/08 178/09 s/ Dirección General de Aduanas".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad. Ello, sin perjuicio de que en la etapa procesal oportuna deberá verificarce el monto de la acreencia correspondiente al pago indebido efectuado en cada despacho de importación en la inteligencia de que resultan ex-

cluidos del régimen de consolidación los supuestos cuyos importes sean inferiores al establecido en el decreto 1647/2009, respecto de los cuales, a los efectos de percibir el crédito reconocido, deberá estarse al criterio del precedente "ADM Argentina SA" (Fallos: 335:16), citado en el dictamen mencionado.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances que resultan de la presente. Costas por su orden en atención a -//la complejidad de las cuestiones examinadas y el modo en que se decide. Notifíquese y remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto en la presente.


RICARDO LUIS LORENZETTI
CARLOS S. FAYT
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por el Fisco Nacional (Dirección General de Aduanas), representado por el Dr. Emmanuel Antonio Fernández Maglio.

Traslado contestado por Biotay SA, representada por el Dr. Ricardo Martín Pereyra.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 5.

CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, CRISTINA
S/ INCIDENTE DE RECURSO EXTRAORDINARIO

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Si luego de llevado a cabo el desalojo acordado entre las autoridades nacionales y locales en audiencia celebrada ante la Corte Suprema el juez federal dispuso hacer efectivas sanciones cominuatorias, los planteos de la recurrente -funcionaria afectada por éstas- no ponen en juego la interpretación del fallo del Tribunal ya que éste se limitó a homologar el acuerdo referido que concretaron las autoridades sobre la forma de llevar adelante la ejecución de la orden de desalojo, sin efectuar consideración alguna, ni conclusión, sobre la conducta asumida por la recurrente de manera previa a tal convenio, por lo cual no puede sostenerse que exista un apartamiento de lo dispuesto que implique la existencia de una cuestión federal.

-El juez Zaffaroni, en disidencia, consideró que con arreglo a lo dispuesto en el art. 33, inc. a, ap. 5 de la ley 24.946 correspondía dar intervención a la Procuradora General de la Nación-.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, cuatro de junio de 2013.

Vistos los autos: "Caamaño Iglesias Paiz, Cristina s/ incidente de recurso extraordinario".

Considerando:

1º) Que en el marco del trámite de ejecución de la sentencia dictada por esta Corte en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros" (Fallos: 331:1622), el Juzgado Federal de Quilmes ordenó el desalojo de un inmueble -situado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- que estaba afectado a la relocalización de personas que habitaban asentamientos precarios, y que había sido objeto de ocupación ilegal.

2º) Que el magistrado dispuso que la medida debía llevarse a cabo por el Presidente de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, en forma conjunta y coordinada con las Fuerzas de Seguridad que dispusieran la Señora Ministro de Seguridad de la Nación y la Policía Metropolitana.

Asimismo, aplicó a la Señora Secretaria Operativa del citado ministerio, doctora Cristina Caamaño Iglesias Paiz, una,

multa diaria de \$ 500 por considerar que fue injustificadamente incumplido el mandato judicial que había impuesto la obligación de preservar el lugar.

3º) Que el Ministerio de Seguridad de la Nación, en sendas presentaciones, formuló planteos relativos a los alcances de la medida ordenada. En tal sentido, sostuvo que no era posible determinar si las viviendas ocupadas se hallaban afectadas a la ejecución de la sentencia, por lo que solicitó que se requiriesen informes al respecto. Afirmó, asimismo, que la responsabilidad primaria en el cumplimiento de la manda judicial recaía sobre la Policía Metropolitana por tratarse de un inmueble situado en jurisdicción local. Además, peticionó la revisión de las sanciones.

4º) Que el juez reiteró la vigencia de la manda judicial y difirió el tratamiento del planteo relativo al levantamiento de las astreintes hasta el efectivo cumplimiento de aquella orden.

Al solo efecto de disipar toda duda, ordenó producir prueba informativa para esclarecer la situación de las viviendas, a resultas de la cual dispuso que todas ellas debían ser objeto de desalojo.

5º) Que ante el vencimiento de los plazos sin que se hubiera cumplido con el mandato ordenado y reiterado en sucesivas ocasiones, y tras diversas vicisitudes que incluyeron una nueva intrusión en el inmueble, el magistrado elevó las actuaciones a esta Corte y solicitó su intervención a fin de que, en su condición de titular del Poder Judicial de la Nación, tome las medidas necesarias para que las autoridades acaten las resoluciones judiciales dictadas por el tribunal de la causa.

En la audiencia celebrada el 17 de mayo de 2011 en esta sede, las autoridades nacionales y locales concretaron un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la ejecución del desalojo ordenado por el juez de la causa, que fue homologado por el Tribunal mediante resolución del 18 de aquel mes y año.

6º) Que llevado a cabo el desalojo, el Juez Federal dispuso hacer efectivas las sanciones conminatorias.

Para decidir del modo indicado, el juez sostuvo que las dilaciones y retardos en que incurrieron los funcionarios encargados de llevar a cabo el desalojo obedecieron únicamente a divergencias interpretativas en materia de competencia y a impropias valoraciones de la orden judicial impartida, sin que se esgrimieran argumentos de índole operativa que tornasen atendible la demora. En tal sentido, examinó el contenido de diversas presentaciones de la recurrente, que consideró demostrativas de una resistencia injustificada a cumplir con el mandato judicial. Sobre tales premisas, entendió que la sanción debía abarcar el lapso durante el cual se mantuvo la renuencia, es decir desde el 9 de marzo de 2011, fecha de imposición de las astreintes, hasta el 16 de mayo de ese año, día anterior al de la audiencia celebrada ante esta Corte. Expresó el magistrado que había hecho uso de las facultades reconocidas expresamente por la sentencia en ejecución y contempladas en los arts. 666 bis del Código Civil y 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Contra ese pronunciamiento la funcionaria afectada interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por el juez a quo.

7º) Que los planteos de la recurrente no ponen en juego la interpretación del referido pronunciamiento del 18 de mayo de 2011 dictado por esta Corte en la causa. En efecto, aquél se limitó a homologar el acuerdo que concretaron las autoridades nacionales y locales sobre la forma de llevar adelante la ejecución de la orden de desalojo, sin efectuar consideración alguna, ni conclusión, sobre la conducta asumida por la recurrente de manera previa a tal convenio. Allí solo se expresó que el procedimiento establecido por las autoridades -fедерales y estatales- para proceder voluntariamente al leal acatamiento del fallo agotaba el objeto de la intervención de este Tribunal requerida por el Juzgado Federal de Quilmes, por lo que resultaba inoficioso todo pronunciamiento al respecto.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, en

modo alguno puede sostenerse que el fallo impugnado consagre un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal, único caso en el cual concurre una cuestión federal apta para habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48 cuando en el recurso se pone en tela de juicio la interpretación de una sentencia de esta Corte (Fallos: 306:1698; 307:468, 483, 1948, 2114; 308:215, 1104; 321:2114, entre muchos otros).

8º) Que los agravios de la recurrente fundados en los arts. 100 y 129 de la Constitución Nacional, en las leyes 24.558, 24.059 y 26.357, y en los instrumentos internacionales que se invocan no guardan relación directa e inmediata con el contenido del pronunciamiento impugnado ni con la fundada solución de la causa, pues su resultado no depende de la inteligencia o alcance que quepa asignar a dichas disposiciones federales, sino del examen de circunstancias fácticas y de la aplicación de normas de derecho común y procesal, que han sido objeto de tratamiento en la sentencia mediante fundamentos que lucen razonados y revelan una suficiente comprensión del caso y de las normas aplicables.

9º) Que, en efecto, frente a la demora en dar cumplimiento con el mandato judicial, el juez a quo valoró la conducta de la recurrente en términos que trasuntan razonable discreción y dispuso la cesación de la multa a su respecto solo cuando entendió que la conducta de la autoridad obligada así lo justificaba.

10) Que, en tal sentido, cabe destacar que tanto al imponer las sanciones conminatorias como al hacerlas efectivas, el superior tribunal de la causa ponderó que la apelante no podía alegar que desconocía la afectación del predio a la Autoridad de la Cuenca Matanza Río Chuelo, con la consiguiente obligación de resguardarlo en virtud de que para ese objeto había sido expresamente contratada, bajo la modalidad de adicionales, la Policía Federal, además y esencialmente, porque el Estado Nacional se halla representado en aquel organismo. El juez también hizo referencia a las numerosas intimaciones que se hicieron al Ministerio, relativas al resguardo de los lugares afectados a la

ejecución.

11) Que en la resolución que reiteró la vigencia del mandato judicial y difirió hasta su cumplimiento el tratamiento del pedido de levantamiento de las astreintes, el magistrado expuso, entre otros argumentos, que la apelante había prestado su concurso para procedimientos similares en sedes locales, circunstancia que ponía en evidencia que la medida ordenada era legal y viable. Y con mayor rigor aún, cuando la ejecución de la sentencia involucraba a todos los Estados condenados y entre ellos, naturalmente, al Estado Nacional.

12) Que también sostuvo el pronunciamiento impugnado que se había dilatado el cumplimiento del mandato judicial mediante planteos que resultaban infundados, atinentes tanto a la cantidad de familias a relocalizar como a la imposibilidad de determinar si las viviendas usurpadas atentaban, o no, contra el cronograma de relocalización de asentamientos, pues apuntaban a cuestionar las razones en que hacia pie la resolución judicial como si se tratara de la actuación de una parte legitimada de la causa, cuando esos fundamentos estaban fuera de toda discusión para una autoridad cuya intervención había sido ordenada únicamente para auxiliar al órgano judicial a fin de asegurar el acañamiento del fallo.

En tal sentido, no es posible soslayar que la apelante persistió en su incumplimiento pese a que el a quo ordenó las medidas que se le solicitaron, a fin de esclarecer la situación jurídica de las viviendas.

De igual modo, en el pronunciamiento en cuestión se entendió que el acuerdo homologado por esta Corte importó una actitud enderezada al cumplimiento del mandato judicial, circunstancia que determinaba la finalización del curso de las astreintes.

13) Que la apelante no demuestra apartamiento de las reglas aplicables, la falta de fundamentación en los hechos conducentes, o la irrazonabilidad de las conclusiones alcanzadas

(doctrina de Fallos: 303:509, entre otros). De tal modo, los planteos traídos a conocimiento del Tribunal por la recurrente distan de ser aptos para demostrar que la sentencia sea portadora -con arreglo al estándar reconocido por esta Corte hace más de cincuenta años para dar lugar a un supuesto de inequívoco carácter excepcional como es la arbitrariedad (caso "Estrada, Eugenio", Fallos: 247:713; "Córdoba - Convocatoria a elecciones de Gobernador, Vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007", Fallos: 330:4797; "Trova, Facundo Martín", Fallos: 332:2504)–, con arreglo al cual se debe demostrar que la equivocación del pronunciamiento impugnado es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia. Único supuesto que, al margen del acierto o error de lo decidido, autoriza a federalizar una cuestión que es de hecho y de derecho público local, a fin de permitir la intervención de esta Corte –//–al amparo de la doctrina sentada en Fallos: 112:384, sin infringir los rigurosos límites de su competencia que establecen los arts. 31 y 116 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48.

Por ello, se declara inadmisible el recurso extraordinario.
Notifíquese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

CARLOS S. FAYT

JUAN CARLOS MAQUEDA

ENRIQUE S. PETRACCHI

DISI-/-
Disidencia
E. RAÚL ZAFFARONI
CARMEN M. ARGIBAY

-// DENUNCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

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 a la señora Procuradora 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. Notifíquese.

E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. Cristina Caamaño Iglesias Paiz, Secretaria de Seguridad Operativa del Ministerio de Seguridad de la Nación, con el patrocinio letrado de los Dres. Esteban José Rosa Álvarez y Claudio Martín Gómez, Director General de Asuntos Jurídicos y Director de Asuntos Legales y Judiciales, respectivamente, del citado Ministerio.

Tribunal de origen: Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes.

CATELLA, MARTA SUSANA
S/SOLICITUD DE JUICIO POLÍTICO POR LUIS ANÍBAL BENÍTEZ

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES

Las cuestiones que plantea la recurrente -destituida de su cargo de magistrada- con sustento en haberse omitido su intervención durante la etapa anterior al juicio, reglada por disposiciones provinciales -arts. 153 y 156 de la Constitución y la ley reglamentaria N° 120 de la Provincia de Misiones- que no fueron puestas en cuestión respecto de su constitucionalidad, carece de entidad para generar la intervención judicial en tanto no logró acreditar que de haber tomado la participación postulada durante el trámite de la acusación hubiese podido variar la suerte del proceso y tampoco demostró que en oportunidad de desarrollarse el enjuiciamiento ante la sala juzgadora y de proceder a contestar la acusación, ofrecer y producir prueba, y alegar, hubiese estado impedida de plantear la nulidad de la acusación por las deficiencias que denuncia ni de introducir eficazmente las cuestiones que, en su versión, justificaban su petición de actuar ante un órgano que carece de facultades decisorias sobre la responsabilidad política de la magistrada y al que el ordenamiento local únicamente ha atribuido competencia para decidir si se acusa o no.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES

Resulta inadmisible el planteo tendiente a controvertir el rechazo por la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes de la prueba testimonial ofrecida por la recurrente, si ésta se limita a señalar que dicha prueba era esencial para su descargo pero no precisa de qué manera su producción hubiera alterado el resultado del juicio político frente a las decisivas circunstancias, silenciadas en el recurso extraordinario, de que la magistrada destituida reconoció que el concejal había firmado el acta cuestionada en forma “tardía” y a que la sentencia que la removió de su cargo le había imputado desconocer la exigencia legal de una mayoría calificada para destituir a un intendente municipal.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES

La magistrada denunciada pudo ejercer en plenitud su derecho defensa si en la oportunidad procesal prevista expresamente por las normas de derecho público local se presentó personalmente a actuar por derecho propio y, con la asistencia del patrocinio letrado de dos profesionales, evacuó por escrito y también en forma verbal el traslado de la acusación que se le formulaba y también pudo eficazmente pronunciarse sobre la prueba instrumental que sirvió de sustento al pronuncia-

miento que la removió de su cargo, decisión que fue dictada por el órgano en cuyas manos la ley suprema local puso el ejercicio exclusivo de dicha atribución y que, tras contar con la mayoría calificada exigida, estimó acreditadas las causales contempladas en el ordenamiento provincial -por las cuales la enjuiciada fue acusada y oída- de falta de cumplimiento de los deberes del funcionario público y de la comisión del delito de prevaricato en el ejercicio de sus funciones.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS JUDICIALES

Las expresiones del tribunal superior provincial que rechazó el recurso de casación contra la decisión que destituyó a la recurrente como magistrada no constituyen una respuesta judicial suficiente ya que no contienen ningún análisis orientado a establecer si la garantía del debido proceso otorga al acusado la posibilidad de defenderse en todas las instancias del procedimiento, inclusive aquellas que se desarrollan por ante el órgano de acusación y si, en caso afirmativo, la ley local que rige el procedimiento admite una interpretación en ese sentido (Disidencia de los jueces Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte: -I-

La Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones destituyó de su cargo de jueza del Superior Tribunal de Justicia provincial (STJ) a la Dra. Marta Susana Catella.

Contra esa decisión, la nombrada interpuso recurso de casación ante el citado tribunal, que lo rechazó (fs. 1706/1724).

Para ello, la Dra. Leiva, a cuyo voto adhirió la mayoría de los jueces, recordó que el proceso de enjuiciamiento y remoción de los magistrados judiciales es, conforme a la jurisprudencia de la Corte, controlable solo en ciertos casos, como cuando se invocan graves vulneraciones de garantías constitucionales, y que no debe, necesariamente, guardar apego estricto a las formas que rodean el trámite y la decisión de las controversias ante el Poder Judicial.

En este marco, entendió que las argumentaciones de la recurrente no eran suficientes para acreditar las vulneraciones constitucionales que denuncia, pues en la causa contra la Dra. Catella se

siguió el procedimiento establecido en la Constitución de la provincia (CP, arts. 151 a 157) y en la legislación especial (ley provincial 120).

Al analizar los agravios específicos de la recurrente, señaló:

a) En lo que hace a la falta de notificación de la denuncia en contra de la Dra. Catella, no se advertía violación del derecho de defensa pues, como surge de la ley 120, el proceso de remoción consta de dos etapas, en la primera interviene la Sala Acusadora y en la segunda, la Sala Juzgadora. En la primera etapa no se otorga intervención al acusado, ya que se trata de actos instructorios o preparatorios de un enjuiciamiento solo probable. Pero, admitida la acusación en la segunda etapa, se le brinda al enjuiciado el derecho de intervenir y participar en ella, protegiéndose su derecho de defensa. Sobre el punto, destacó que la Dra. Catella fue notificada personalmente de la resolución que admitió su acusación y la suspendió en el ejercicio de sus funciones, indicándosele expresamente los cargos que se le endilgaban, como así también el traslado de la acusación sostenida y fundada por la Comisión Acusadora ante la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes. Además, al evacuar ese traslado, la Dra. Catella fue asistida por letradas, y efectuó un descargo en el que se garantizó su derecho de defensa.

b) En cuanto a lo dicho por la apelante sobre que se le negó la posibilidad de conocer a las personas que integraban la Comisión Investigadora y la Sala Acusadora, en detrimento de su derecho de ser juzgada por un tribunal imparcial, no se demostró la afectación de la defensa. Además, no debía perderse de vista el carácter político del órgano, en el que los diputados que integran las salas juzgadora y acusadora representan la voluntad popular, y que las sesiones para la formación de las salas acusadora y juzgadora y de la comisión investigadora son públicas

(arts. 152 y 153 de la CP y 3º, 6º y 7º de la ley 120).

c) En lo referente al pedido de ampliación de plazos formulado por la recurrente, conforme a la normativa legal y constitucional aplicable, los términos en este tipo de procesos son perentorios y provocan la caducidad del enjuiciamiento (arts. 154 y 156 de la CP y 14 y 28 de la ley 120). Además, una vez rechazada la citada ampliación, la recurrente pudo contestar su acusación en el término legal, defendiéndose de forma verbal, entregando copias escritas de la contestación de sus cargos y planteos preliminares. Afirmó que no se advertía que el plazo otorgado, previsto por la ley, la haya privado de ejercer su derecho de defensa.

d) En cuanto al rechazo de las recusaciones y la forma de su votación, el planteo era insuficiente para demostrar violación de derechos, además de que los motivos esgrimidos por la recurrente no encuadraban en las causales taxativamente establecidas en la legislación (art. 51 de la ley 120), por lo que no hubo menoscabo de la imparcialidad de los diputados.

e) En lo que hace al rechazo de la prueba informativa, lo fue por inconducente conforme a las facultades de la Sala Juzgadora, con respeto de la mayoría establecida en el art 35 *in fine* de la ley 120. Tampoco es aceptable el agravio sobre la entrega de las actas y resoluciones de las sesiones, pues en todo momento se siguió el procedimiento de la ley.

f) En lo atinente a la votación por cada cargo, se aprecia que en la resolución 4/06 se le imputaron a la recurrente el incumplimiento de los deberes de funcionario público y la comisión de delito en el ejercicio del cargo, conforme a las causales del art. 151 de la CP, los que fueron debidamente notificados a la Dra. Catella. Del expediente administrativo surge que la Sala Juzgadora votó por los cargos imputados conforme a la normativa aplicable, cumpliendo con la mayoría de dos tercios exigidos.

Además, no se aprecia el perjuicio que la recurrente dice haber sufrido si se advierte que, según el art. 46 de la ley 120, con lograr la mayoría de los dos tercios de los votos sobre alguno de los cargos, se destituye al acusado.

-II-

Contra esa decisión, la Dra. Catella interpuso recurso extraordinario, que fue denegado (fs, 1783/1798) y motivó la presentación de la queja en examen. Dijo que la sentencia apelada era arbitraria porque se basaba en afirmaciones dogmáticas para rechazar que se hubiera violado su derecho de defensa y, en especial:

a) En cuanto a las pruebas testimoniales que ofreció y que sostenían su defensa, la sala juzgadora las rechazó sin que pudiera conocer los motivos (resolución 8/06);

b) En lo que hace al rechazo de las recusaciones, la sala juzgadora no admitió la prueba informativa ofrecida para acreditar los supuestos invocados para requerirlas; en cuanto a las de los Sres. Marlene Carvallo y Néstor Ortega, le negó conocer los fundamentos de la denegación; además, en la votación de la resolución 6/06 participaron las personas que intentó recusar y ambas recusaciones se votaron en forma conjunta, cuando las causales eran diferentes. En lo que hace a la imparcialidad de esos diputados, resaltó que el 26 de enero de 2006 los recusó, lo que se rechazó con una votación en la que ellos intervinieron. Señala que, aun cuando la mayoría se hubiera logrado aun sin los votos de aquéllos, el agravio es patente pues concurrieron al debate y de esa forma participaron en él dos personas sobre las que existían dudas sobre su imparcialidad. Tampoco pudo conocer a los integrantes de la Comisión Investigadora y de la Sala Acusadora para posibilitar su eventual

recusación.

c) No se le aseguró su derecho a ser oída ante la Sala Acusadora, donde podría haber hecho notar, entre otras cosas, que no había declarado en su voto (en una sentencia anulada en el expte. 156-STJ-05) la falsedad de determinadas actas y resoluciones, pero, como se trataba de instrumentos públicos que no habían sido redargüidos de falsedad, estaba jurídicamente imposibilitada de hacerlo, máxime cuando con posterioridad a la anulación de la sentencia, el denunciante en su juicio político impugnó la documental incorporada al proceso. Por ello, dijo, la cuestión de la falsedad de las actas aún estaba pendiente de resolución en sede judicial (fs. 182/193 expte. 156 bis-I-STJ-05). Señaló que la ley 120 dice que las sesiones serán públicas (art. 7º), lo que implica que, como principio, debe notificarse su realización.

d) La Sala Juzgadora no formuló los cargos de acuerdo a las normas de procedimiento (arts. 157 de la CP y 44 de la ley 120), que exigen que se lo haga para cada uno de ellos por separado. La votación conjunta de los cargos impidió controlar si se reunió la mayoría de los dos tercios para cada uno.

e) El STJ no se pronunció sobre la afectación de la independencia judicial y la división de poderes, pues el juicio político se fundó en los elementos probatorios de un expediente en trámite ante aquél.

f) La sentencia es arbitraria pues:

f.1) Si bien la recurrente aceptó la validez de las normas locales, invocó que se habían afectado garantías constitucionales, y ello no fue considerado por el STJ. Así, cuando el tribunal dice que no debía dársele intervención en la etapa acusadora, entiende que las garantías

de debido proceso y defensa en juicio previstas en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos no son aplicables en todas las etapas del juicio político.

f.2) Nada dice sobre la falta de intervención en ciertas sesiones y la falta de notificación oportuna de la denuncia, copias de las actas de sesiones de la sala acusadora, como así tampoco de la negación del derecho de recusar y de conocer los motivos del rechazo de las recusaciones; tampoco explica el alcance del art. 51 de la ley 120, solo señala que las causales que la apelante alegó no estaban previstas en la norma.

f.3) Con relación al rechazo de la prueba testimonial, solo dice que fue realizado en ejercicio de las facultades de la sala juzgadora y con las mayorías requeridas en el art. 35 *in fine* de la ley 120. Resalta que esa prueba era fundamental, pues se trataba de las declaraciones de los concejales de San Vicente que suscribieron los elementos controvertidos (las actas del Concejo Deliberante de esa localidad en cuya supuesta falsedad se basó la denuncia, la acusación y la sentencia que la destituyó pues, como jueza, había omitido intencionalmente declarar esa irregularidad al juzgar la destitución del intendente Benítez; tampoco el STJ hace referencia a la omisión de conocer los fundamentos de la denegación de la prueba.

f.4) Tampoco considera su queja respecto de que no se habían votado los cargos uno por uno.

f.5) En cuanto al resto de los agravios, globalmente el STJ dice que no son pasibles de revisión judicial. De este

modo, no se consideraron el atinente a que la evaluación de su comportamiento y los antecedentes fácticos que sustentaron los cargos en su contra se basaron en la valoración de documentos obrantes en expedientes ni en trámite ante el STJ para su resolución, con la consiguiente posibilidad de afectar la independencia judicial en tanto otros jueces que deben resolver el asunto pueden tener temor de hacerlo en un sentido contrario a los intereses del denunciante Sr. Benítez; y el referente a la errónea y arbitraria aplicación de la ley sustantiva tanto respecto de instrumentos públicos como en cuanto al prevaricato.

-III-

Las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamientos de magistrados en la esfera provincial no escapan a la revisión judicial por los poderes judiciales locales ni a la posterior intervención de la Corte por vía del recurso extraordinario (*Fallos*: 324:1932; 319:705).

Ello es así pues, si bien la competencia de la autoridad provincial es privativa y excluyente en orden a establecer el régimen de nombramiento y remoción de sus funcionarios, y 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 y, consecuentemente, la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de juzgamiento de magistrados y funcionarios establecidos en las constituciones provinciales tiene dentro del ámbito local de acuerdo con las normas que se hayan dictado al efecto, con carácter excepcional puede admitirse la intervención de la Corte cuando

los planteos efectuados en el recurso extraordinario revelen en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a las reglas del^o debido proceso (arts. 18 de la CN y 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa (Fallos: 331:1784 y 2195, entre muchos otros) situación que, a mi juicio, se configura en el caso.

En efecto, entiendo que el recurso debe prosperar, pues de la lectura de la sentencia apelada en su confrontación con los agravios de la recurrente expuestos en su recurso de casación y las constancias de la causa surge que aquélla carece de la debida fundamentación, en especial en cuanto a:

a) Las irregularidades en la sustanciación del proceso político, en lo referente a la falta de notificación e intervención de la Dra. Catella en algunas de las sesiones de aquél, pues si bien la CP prevé que el descargo se produzca ante la Sala Juzgadora (art. 156), no autoriza a que en las sesiones de la sala que la precede se omita la presencia del potencial acusado, como parece sostener el *a quo*;

b) El rechazo infundado de la prueba testimonial de los concejales de San Vicente, ofrecida por la Dra. Catella, y que podría haber sido definitoria para variar la suerte del juicio;

c) La negativa a hacerle conocer los motivos del rechazo de las recusaciones planteadas, aunque estaban fundadas seriamente (lo que no debía ser evaluado por el STJ, como lo hizo, sino por la Legislatura, en decisión fundada que requería ser notificada a la Dra. Catella), así como de la producción de la prueba informativa para fundar aquéllas, lo que condujo a que los legisladores recusados participaran del

debate en el que se decidió la separación del cargo de la apelante.

No alcanza para fundar la desestimación de esos agravios, en mi opinión, con simplemente afirmar, como lo hizo el STJ, que se habían respetado las normas aplicables pues, más allá de que se cuestionó que ello haya sido así, no se dio respuesta adecuada a esos planteos, y aun cuando la apelante haya consentido el régimen constitucional y legal sobre enjuiciamiento político en la provincia, nunca pudo hacerlo respecto de su aplicación indebida o su directa inaplicación.

-IV-

Entiendo, entonces, que corresponde descalificar el pronunciamiento que rechazó el recurso de casación interpuesto por la Dra. Marta Susana Catella contra la decisión del jurado de enjuiciamiento que la removió de su cargo, pues los agravios formulados en ese recurso exhibían, *prima facie* considerados, violación del debido proceso (Fallos: 319:705) y, en los aspectos reseñados en el acápite anterior, el *a quo* sólo emitió respuestas dogmáticas a los serios planteos de la apelante, razón por la cual la decisión recurrida no satisface la garantía constitucional de fundamentación de las sentencias, por lo que corresponde privarla de validez a fin de que el STJ local dicte un nuevo pronunciamiento que dé una respuesta debidamente motivada a los planteos constitucionales introducidos (Fallos: 331:2195).

-V-

Por ello, opino que corresponde admitir la queja y

devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento de conformidad con lo expuesto.

Buenos Aires, 03 de febrero de 2012.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *cuatro de junio de 2013*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Marta Susana Catella en la causa Catella, Marta Susana s/ solicitud de juicio político por Luis Aníbal Benítez", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones destituyó a la doctora Marta Susana Catella de su cargo de magistrada del Superior Tribunal de Justicia de ese Estado local. Para decidir esa remoción, el órgano interviniente consideró configuradas las causales de incumplimiento de los deberes correspondientes a su cargo y de comisión del delito de prevaricato en el desempeño de sus funciones, previstas en el art. 151 de la Constitución de la Provincia de Misiones. Dicha calificación tuvo lugar con respecto al desempeño cumplido por la enjuiciada en las actuaciones promovidas a raíz del recurso de apelación que el intendente de la Ciudad de San Vicente, señor Luis Aníbal Benítez, había interpuesto ante el superior tribunal provincial -en los términos de la ley local 257- contra la decisión del Concejo Deliberante de la ciudad mencionada que lo destituyó del cargo que desempeñaba.

La magistrada enjuiciada dedujo recurso de casación que fue denegado por la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes provincial con sustento, en lo esencial, en que la normativa local no preveía recurso alguno contra las decisiones dictadas en un enjuiciamiento de naturaleza política. Ante ese pronunciamiento, la afectada efectuó una presentación directa que fue admitida por el Superior Tribunal de Justicia de Misiones y, en consecuencia, ordenó la devolución de los autos a fin de que la Sala Juzgadora procediera conforme al art. 475, última parte, del Código de Procedimiento Penal de Misiones.

Por último, el superior tribunal rechazó el recurso de casación, para lo cual —con cita de precedentes de esta Corte— expresó que la recurrente no había logrado demostrar que durante la tramitación del enjuiciamiento político ni en el pronunciamiento sancionatorio en sí, se hubieran lesionado las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio que se invocaron como vulneradas.

Esta sentencia fue impugnada por la vencida mediante el recurso extraordinario federal cuya desestimación origina esta queja.

2º) Que la apelante invoca, en lo sustancial, la violación de los arts. 1, 18 y 116 de la Constitución Nacional; de los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y de los arts. 2 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sustenta dicha postulación en las deficiencias y vicios producidos, a su entender, tanto en la tramitación del procedimiento del juicio político como en el pronunciamiento de la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes, planteos que no fueron examinados por el superior tribunal o que, en todo caso, solo lo fueron bajo fundamentos aparentes.

Sostiene que se ha incurrido en graves violaciones al derecho de defensa puesto que: a) se soslayó la participación de la recurrente en las etapas del procedimiento desarrolladas en la Comisión Investigadora y en la Sala Acusadora; b) la Sala

Juzgadora rechazó la recusación que, por razones fundadas, había deducido respecto de dos de sus diputados, con el agravante de que en esa decisión participaron los legisladores cuyo apartamiento se requería; c) esa sala desestimó la prueba testimonial que oportunamente había ofrecido y que, asevera, era esencial para su defensa en la medida en que consistía en la declaración testimonial de los concejales y del Secretario del Concejo Deliberante de San Vicente que habían participado en el proceso de destitución del Intendente y firmado el Acta 08/05 y la resolución 07/05 que, según la acusación y la Sala Juzgadora, eran "evidentemente falsas" (ver fs. 35 vta. y 37 vta.); y en la declaración de una especialista en derecho procesal, citada a los efectos de explicar las diferencias técnicas entre sentencias contradictorias y sentencias que declaran la nulidad de lo actuado, para desvirtuar así una de las imputaciones consistentes en que había dictado en el mismo proceso dos sentencias contradictorias.

En cuanto al pronunciamiento en sí, objeta que la Sala Juzgadora haya votado en forma conjunta las tres irregularidades que se le imputaban englobadas en la causal de incumplimiento de los deberes a su cargo, consistentes en: "a) la convocatoria de un proceso fraudulento de destitución, b) abdicación del control de constitucionalidad del proceso realizado por el Concejo Deliberante de San Vicente y c) dictar sentencias contradictorias, omitiendo activamente el cumplimiento de los recaudos legales y jurídicos que debe tener toda decisión" (ver fs. 23 y 32 vta.). Sostiene que, al proceder de esa manera, se violó lo establecido por el art. 157 de la Constitución de la Provincia de Misiones, en cuanto exige que se vote en forma individual cada uno de los cargos que contenga la acusación.

Asimismo, se agravia porque el proceso de destitución afectó en sí la independencia judicial y la división de poderes. Entiende que ello es así porque el órgano juzgador se arrojó funciones judiciales, en la medida en que sustentó la destitución de la magistrada en cuestiones cuyo específico análisis y resolución competían al poder judicial, como son las que se re-

fieren a la validez del proceso de destitución del Intendente de San Vicente; y que, además, se encontraban por entonces pendientes de decisión ante el Superior Tribunal de Justicia de Misiones. De ahí, afirma, que la decisión de la Sala Juzgadora de destituir a la recurrente haciendo pie en que el proceso de remoción del Intendente Benítez había sido fraudulento y que la magistrada no había advertido tal circunstancia, implicó ejercer una presión intolerable sobre los jueces llamados a decidir en esa causa judicial, a expensas del principio de división de poderes y de independencia del poder judicial consagrados por la Constitución.

La recurrente entiende que estos graves defectos le han impedido ejercer su derecho de defensa, constituyendo una patente violación de la garantía del debido proceso que debe ser rigurosamente preservada en enjuiciamientos de esta naturaleza. Por último, invoca la arbitrariedad del fallo apelado al negarse a tratar las cuestiones constitucionales que introdujo en el recurso de casación local.

3º) Que a partir del precedente "Graffigna Latino" (Fallos: 308:961) esta Corte ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, constituyen un ámbito en el que solo es posible la intervención judicial en la medida que se aduzca y demuestre inequivocadamente por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

4º) Que por ser el objetivo del instituto del juicio político, antes que sancionar al magistrado, el de determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud. De ahí, pues, que como concordemente lo ha subrayado este Tribunal desde su tradicional precedente sentado en la causa "Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso

de queja" (Fallos: 316:2940), con respecto a las decisiones del Senado de la Nación en esta materia; lo reiteró con posterioridad a la reforma de 1994 frente al nuevo texto del art. 115 de la Ley Suprema en el caso "Brusa, Victor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento" (Fallos: 326:4816) con relación a los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación; y lo viene extendiendo al ámbito de los enjuiciamientos de magistrados provinciales hasta sus pronunciamientos más recientes (causas "Paredes, Eduardo y Pessoa, Nelson s/ queja e inconstitucionalidad", Fallos: 329:3027; "Acuña, Ramón Porfirio s/ causa n° 4/99", Fallos: 328:3148; D.261.XLIII "De la Cruz, Eduardo Matias (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia) s/ acusa -causa n° 93.631-", del 22 de abril de 2008; R.891.XLIII "Rodriguez, Ademar Jorge s/ presentación" del 30 de septiembre de 2008; y R.474.XLII "Rojas, Ricardo Fabián s/ queja en autos 'Sevilla, Silvia Amanda s/ Jurado de Enjuiciamiento por denuncia formulada por Miguel I. Urrutia Molina en representación de la Municipalidad de El Colorado'", Fallos: 331:2195), quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrancia, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 de la ley 48).

5º) Que las cuestiones que plantea la recurrente con sustento en haberse omitido su intervención durante la etapa anterior al juicio, reglada por disposiciones provinciales -arts. 153 y 156 de la constitución y la ley reglamentaria n° 120- que no fueron puestas en cuestión respecto de su constitucionalidad, carecen de la entidad subrayada en el considerando precedente. Ello es así, en tanto -por un lado- la ex magistrada no acreditó

que de haber tomado la participación postulada durante el trámite de la acusación hubiese podido variar la suerte del proceso; y, con mayor rigor aún, tampoco demostró que en oportunidad de desarrollarse el enjuiciamiento ante la sala juzgadora y de proceder a contestar la acusación, ofrecer y producir prueba, y alegar, hubiese estado impedida de plantear la nulidad de la acusación por las deficiencias que denuncia ni de introducir eficazmente las cuestiones que, en su versión, justificaban su petición de actuar ante un órgano que carece de facultades decisorias sobre la responsabilidad política de la magistrada y al que el ordenamiento local únicamente ha atribuido competencia para decidir si se acusa, o no, al funcionario denunciado ante otro órgano ante el cual se desarrollará el enjuiciamiento promovido.

6º) Que con referencia al planteo de la recurrente sobre la procedencia, a su entender, de las recusaciones que había deducido respecto de dos diputados integrantes de la Sala Juzgadora, el escrito de interposición del recurso no exhibe razones que —en las circunstancias del caso— demuestren que la intervención de los legisladores tachados resultare intolerable para satisfacer el umbral de imparcialidad que debe preservar un órgano genuinamente juzgador al amparo de las garantías superiores aplicables en esta clase de juicios.

Por lo demás, los agravios invocados deben hacerse necesariamente cargo —además— de la doctrina de los precedentes de esta Corte en que hace pie el fundamento esencial seguido por el tribunal a quo para denegar la impugnación. En efecto, una postulación de esta especie importa desconocer que este Tribunal —ante planteos substancialmente idénticos a los que se concretan en el sub examine— ha dejado establecido que no puede aplicarse al juicio político el mismo estándar de imparcialidad que el que se desarrolla en sede judicial, pues la circunstancia de admitir múltiples recusaciones por prejuzgamiento, enemistad o presunto interés en la destitución del funcionario llevaría a desintegrar el órgano establecido por la Constitución para efectuar el control entre los poderes. Y por ello, una situación de esta natu-

raleza frustraría el apropiado funcionamiento del sistema al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el ordenamiento normativo –constitucional o infraconstitucional– vigente, sea porque cualquier modo alternativo de reemplazo que se hubiera elegido podría ser tachado de inconstitucional, o fuera por impedir derechosamente la constitución del órgano (causa M.346.XLIV “Molina de Alcázar, Graciela s/ amparo”, considerando 6º y sus citas, sentencia del 20 de octubre de 2009; causa “Trova, Facundo Martín s/ jurado de enjuiciamiento”, considerando 9º y sus citas, Fallos: 332:2504).

7º) Que igualmente inadmisibles son las cuestiones planteadas –como de naturaleza federal– tendientes a controvertir el rechazo por parte de la Sala Juzgadora de la prueba testimonial ofrecida por la recurrente, así como los agravios vinculados con la invocada afectación del principio de independencia judicial y de división de poderes.

En efecto, por un lado, no se ha intentado siquiera presentar un desarrollo argumentativo consistente sobre la directa relación existente entre la prueba descartada y el resultado final del enjuiciamiento, en cuanto a la conclusión del órgano juzgador de tener por demostrados los cargos imputados. Ello es así pues la apelante se limita a señalar que la prueba testimonial –rechazada por la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes– era esencial para su descargo, pero no precisa de qué manera su producción hubiera alterado el resultado del juicio político frente a las decisivas circunstancias, silenciadas en el recurso extraordinario, de que la magistrada destituida reconoció que el concejal Escalante había firmado el acta cuestionada en forma “tardía” y a que la sentencia que la removió de su cargo le había imputado desconocer la exigencia legal de una mayoría calificada para destituir a un intendente municipal.

En cuanto al otro planteo, la postura de la interesada encierra –implícita pero inequívocamente– una crítica en cuanto a que el tribunal a quo habría consentido la destitución de un magistrado por el contenido de las sentencias, afirmación

que no trasciende la mera condición de apodictica, pues en el escrito de interposición también se omitió toda referencia clara y precisa a la plataforma fáctica y jurídica que dio pie al fundamento expresado por la Cámara de Representantes, Sala Juzgadora, en el texto de la sentencia a los efectos de llegar al pronunciamiento que destituyó a la magistrada, que en principio se sustentaría -pues la apelante no lo precisa con rigor expositivo- en la falsedad "evidente" (ver fs. 24 vta.) del acta y de la resolución que instrumentaron el proceso que culminó con la destitución del Intendente de la Ciudad de San Vicente.

Por lo demás, y en todo caso, este planteo también importa desconocer la reiterada doctrina establecida por este Tribunal en materia de enjuiciamiento de magistrados -federales o provinciales-, con arreglo a la cual se ha considerado que la subsunción de los hechos en las causales de destitución y la apreciación de los extremos fácticos o de derecho no constituyen materia de pronunciamiento, dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en tribunal de alzada sustituya el criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado (Fallos: 314:1723; 317:1098; 318:2266; 327:4635 y 331:810 y 2156).

8º) Que con esta comprensión, las dogmáticas y genéricas invocaciones formuladas por la apelante con sustento en que no fue juzgada por un órgano imparcial, o en que se vio privada de prueba esencial o en que fue destituida por cuestiones cuya dilucidación competía al poder judicial, no configuran una cuestión federal apta para ser examinada por esta Corte, pues los planteos son manifiestamente insustanciales y no se prestan a controversia (Fallos: 323:732 y 736; 331:2156) frente a la enfática y reiterada doctrina del Tribunal señalada en los considerandos anteriores.

9º) Que en lo que concierne al planteo sustentado en la afectación del principio de legalidad que se habría configurado por el modo en que la Sala Juzgadora votó los cargos, es de

aplicación al caso la tradicional regla sentada por esta Corte según la cual las cuestiones vinculadas con las formalidades de la sentencia y el modo de emitir el voto los tribunales colegiados, constituyen materias regladas por el derecho procesal que son, por su naturaleza, ajenas al recurso extraordinario.

Ello es así, sin perjuicio de la confusión en que se incurre entre los conceptos "causal de destitución" y "cargo", en la medida en que no se advierte que se presente en el sub lite un caso de excepción que permita apartarse del tal doctrina, pues el pronunciamiento apelado señaló -sin cuestionamientos por la apelante- que de ese modo de decidir por la sala juzgadora no se derivaba perjuicio alguno para la ex magistrada, puesto que como expresamente lo contempla el art. 46 de la ley 120 para situaciones de esta índole, bastaba que alguno de los cargos que se le imputaban alcanzaran la mayoría calificada exigida por dicho ordenamiento, para declarar destituida a la acusada; máxime que, en el caso, las dos causales que se le imputaron -falta de cumplimiento de los deberes correspondientes a su cargo y delito en el desempeño de sus funciones- fueron tratadas y votadas en forma separada, y en las dos votaciones se alcanzó la mayoría calificada que exige el art. 44 de la ley de cita.

10) Que en las condiciones expresadas la magistrada denunciada pudo ejercer en plenitud su derecho de defensa en el enjuiciamiento que se llevó a cabo ante la acusación formulada en su contra, ya que en la oportunidad procesal prevista expresamente por las normas de derecho público local se presentó personalmente a actuar por derecho propio y, con la asistencia del patrocinio letrado de dos profesionales, evacuó por escrito y también en forma verbal el traslado de la acusación que se le formulaba. Asimismo, pudo eficazmente pronunciarse sobre la prueba instrumental que sirvió de sustento al pronunciamiento que la removió de su cargo, decisión que fue dictada por el órgano en cuyas manos la ley suprema local puso el ejercicio exclusivo de dicha atribución y que, tras contar con la mayoría calificada exigida por las normas de derecho público local apli-

cables al caso, estimó acreditadas las causales contempladas en el ordenamiento provincial -por las cuales la enjuiciada fue acusada y oída- de falta de cumplimiento de los deberes del funcionario público y de la comisión del delito de prevaricato en el ejercicio de sus funciones.

De ahí, que ausente la demostración por parte de la recurrente de haberse transgredido en forma nítida, inequívoca y concluyente las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48 (causas "Torres Nieto, Mirta Carmen s/ su enjuiciamiento" Fallos: 330:725; y M.613.XLIV "Moreno, Daniel Enrique s/ amparo, sentencia del 10 de febrero de 2009; causas G.103.XLIV "González Schinca, Julio César Arturo y su acumulado en expte. n° 1 -JE-07 s/ formación Jurado de Enjuiciamiento al juez de Primera Instancia Civil y Comercial n° 2 de la Tercera Circunscripción Judicial de Misiones Carlos María de la Cruz", y S.374.XLIV "Salvado de Sotelo, Graciela Brígida Candelaria s/ causa n° 428/07", sentencias del 12 de mayo de 2009; M.346.XLIV "Molina de Alcázar, Graciela s/ amparo", sentencia del 20 de octubre de 2009).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

(en discordia)

RÍCARDO LUIS LORENZETTI

(en discordia)

(Seg' su voto)

CARLOS S. FAYT

(en discordia)

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

(en discordia)

JUAN CARLOS MAQUEDA

(en discordia)

CARMEN M. ARGIBAY

-//TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y
DON RAUL E. ZAFFARONI

Considerando:

Que concuerdan con los antecedentes relacionados, los fundamentos desarrollados y la conclusión alcanzada en el voto de los jueces Petracchi y Maqueda, con excepción de los considerandos 4º y 10 que se expresan en los términos que siguen.

4º) Que por ser el objetivo del instituto del juicio político, antes que sancionar al magistrado, el de determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud. De ahí, pues, que como concordemente lo ha subrayado este Tribunal desde su tradicional precedente sentado en la causa "Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja" (Fallos: 316:2940), con respecto a las decisiones del Senado de la Nación en esta materia; lo reiteró con posterioridad a la reforma de 1994 frente al nuevo texto del art. 115 de la Ley Suprema en el caso "Brusa, Victor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento" (Fallos: 326:4816) con relación a los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación; y lo viene extendiendo al ámbito de los enjuiciamientos de magistrados provinciales hasta sus pronunciamientos más recientes (causas S.374.XLIV. "Salvado de Sotelo, Graciela Brigida Candelaria s/ causa nº 428/07"; G.103.XLIV. "González Schinca, Julio César Arturo y su acumulado en expte. nº 1-JE-07 s/ formación Jurado de Enjuiciamiento al juez de Primera Instancia Civil y Comercial nº 2 de la Tercera Circunscripción Judicial de Misiones Carlos María de la Cruz"; M.346.XLIV. "Molina de Alcázar, Graciela s/ amparo"; T.400.XLIV. "Trova, Facundo Martín s/ jurado de enjuiciamiento" (Fallos: 332:2504), sentencias -las dos primeras- del 12 mayo de 2009, 20 de octubre de 2009, 10 de noviembre de 2009, respectivamente, votos concurrentes de los infascriptos), quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 de la ley 48).

10) Que en las condiciones expresadas la magistrada denunciada pudo ejercer en plenitud su derecho de defensa en el enjuiciamiento que se llevó a cabo ante la acusación formulada en su contra, ya que en la oportunidad procesal prevista expresamente por las normas de derecho público local se presentó personalmente a actuar por derecho propio y, con la asistencia del patrocinio letrado de dos profesionales, evocó por escrito y también en forma verbal el traslado de la acusación que se le formulaba. Asimismo, pudo eficazmente pronunciarse sobre la prueba instrumental que sirvió de sustento al pronunciamiento que la removió de su cargo, decisión que fue dictada por el órgano en cuyas manos la ley suprema local puso el ejercicio exclusivo de dicha atribución y que, tras contar con la mayoría calificada exigida por las normas de derecho público local aplicables al caso, estimó acreditadas las causales contempladas en el ordenamiento provincial -por las cuales la enjuiciada fue acusada y oída- de falta de cumplimiento de los deberes del funcionario público y de la comisión del delito de prevaricato en el ejercicio de sus funciones.

De ahí, que ausente la demostración por parte de la recurrente de haberse transgredido las reglas estructurales del debido proceso, no hay materia federal que habilite la intervención de esta Corte en el marco de los rigurosos límites de su competencia que, para asuntos de esta naturaleza, le imponen los arts. 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, y el art. 14 de la ley 48 (causas "Torres Nieto, Mirta Carmen s/ su enjuiciamiento", Fallos: 330:725, antes citada; P.173.XLVII. "Parrilli, Rosa Elsa recurso en SCD-187/09-0 (denuncia efectuada por el Señor Ministro de Justicia y Seguridad del GCBA)", sentencia del 18 de septiembre de 2012).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Notifíquese y, oportunamente, archívese.



CARLOS S. FAYT



E. RAÚL ZAFFARONI

DISI-//-

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

Considerando:

1º) Que la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones destituyó a la doctora Marta Susana Catella de su cargo de magistrada del Superior Tribunal de Justicia de ese Estado local. Para decidir esa remoción, el órgano interviniente consideró configuradas las causales de incumplimiento de los deberes correspondientes a su cargo y de comisión del delito de prevaricato en el desempeño de sus funciones, previstas en el art. 151 de la Constitución de la Provincia de Misiones. Dicha calificación tuvo lugar con respecto al desempeño cumplido por la enjuiciada en las actuaciones promovidas a raíz del recurso de apelación que el intendente de la Ciudad de San Vicente, señor Luis Aníbal Benítez, había interpuesto ante el superior tribunal provincial —en los términos de la ley local 257— contra la decisión del Concejo Deliberante de la ciudad mencionada que lo destituyó del cargo que desempeñaba.

La magistrada enjuiciada dedujo recurso de casación que fue denegado por la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes provincial con sustento, en lo esencial, en que la normativa local no preveía recurso alguno contra las decisiones dictadas en un enjuiciamiento de naturaleza política. Ante ese pro-

nunciamiento, la afectada efectuó una presentación directa que fue admitida por el Superior Tribunal de Justicia de Misiones y, en consecuencia, ordenó la devolución de los autos a fin de que la Sala Juzgadora procediera conforme al art. 475, última parte, del Código de Procedimiento Penal de Misiones.

Por último, el superior tribunal rechazó el recurso de casación, para lo cual —con cita de precedentes de esta Corte— expresó que la recurrente no había logrado demostrar que durante la tramitación del enjuiciamiento político ni en el pronunciamiento sancionatorio en sí, se hubieran lesionado las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio que se invocaron como vulneradas.

Esta sentencia fue impugnada por la vencida mediante el recurso extraordinario federal cuya desestimación origina esta queja.

2º) Que la apelante invoca, en lo sustancial, la violación de los arts. 1, 18 y 116 de la Constitución Nacional; de los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y de los arts. 2 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sustenta dicha postulación en las deficiencias y vicios producidos, a su entender, tanto en la tramitación del procedimiento del juicio político como en el pronunciamiento de la Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes, planteos que no fueron examinados por el superior tribunal o que, en todo caso, solo lo fueron bajo fundamentos aparentes.

Sostiene que se ha incurrido en graves violaciones al derecho de defensa puesto que: a) se soslayó la participación de la recurrente en las etapas del procedimiento desarrolladas en la Comisión Investigadora y en la Sala Acusadora; b) la Sala Juzgadora rechazó la recusación que, por razones fundadas, había deducido respecto de dos de sus diputados, con el agravante de que en esa decisión participaron los legisladores cuyo apartamiento se requería; c) esa sala desestimó la prueba testimonial que oportunamente había ofrecido y que, asevera, era esencial

para su defensa en la medida en que consistía en la declaración testimonial de los concejales y del Secretario del Concejo Deliberante de San Vicente que habían participado en el proceso de destitución del Intendente y firmado el Acta 08/05 y la resolución 07/05 que, según la acusación y la Sala Juzgadora, eran "evidentemente falsas" (ver fs. 35 vta. y 37 vta.); y en la declaración de una especialista en derecho procesal, citada a los efectos de explicar las diferencias técnicas entre sentencias contradictorias y sentencias que declaran la nulidad de lo actuado, para desvirtuar así una de las imputaciones consistentes en que había dictado en el mismo proceso dos sentencias contradictorias.

En cuanto al pronunciamiento en sí, objeta que la Sala Juzgadora haya votado en forma conjunta las tres irregularidades que se le imputaban englobadas en la causal de incumplimiento de los deberes a su cargo, consistentes en: "a) la convocatoria a un proceso fraudulento de destitución, b) abdicación del control de constitucionalidad del proceso realizado por el Concejo Deliberante de San Vicente y c) dictar sentencias contradictorias, omitiendo activamente el cumplimiento de los recaudos legales y jurídicos que debe tener toda decisión" (ver fs. 23 y fs. 32 vta.). Sostiene que, al proceder de esa manera, se violó lo establecido por el art. 157 de la Constitución de la Provincia de Misiones, en cuanto exige que se vote en forma individual cada uno de los cargos que contenga la acusación.

Asimismo, se agravia porque el proceso de destitución afectó en sí la independencia judicial y la división de poderes. Entiende que ello es así porque el órgano juzgador se arrojó funciones judiciales, en la medida en que sustentó la destitución de la magistrada en cuestiones cuyo específico análisis y resolución competían al poder judicial, como son las que se refieren a la validez del proceso de destitución del Intendente de San Vicente; y que, además, se encontraban por entonces pendientes de decisión ante el Superior Tribunal de Justicia de Misiones. De ahí, afirma, que la decisión de la Sala Juzgadora de

destituir a la recurrente haciendo pie en que el proceso de remoción del Intendente Benítez había sido fraudulento y que la magistrada no había advertido tal circunstancia, implicó ejercer una presión intolerable sobre los jueces llamados a decidir en esa causa judicial, a expensas del principio de división de poderes y de independencia del poder judicial consagrados por la Constitución.

La recurrente entiende que estos graves defectos le han impedido ejercer su derecho de defensa, constituyendo una patente violación de la garantía del debido proceso que debe ser rigurosamente preservada en enjuiciamientos de esta naturaleza. Por último, invoca la arbitrariedad del fallo apelado al negarse a tratar las cuestiones constitucionales que introdujo en el recurso de casación local.

3º) Que corresponde recordar que 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.

4º) Que sin embargo, esta Corte no ha conferido carácter absoluto al señalado criterio, pues ha condicionado su vigencia a que la remoción de un magistrado judicial haya sido la conclusión de un procedimiento sustanciado con plena observancia a las formas del debido proceso que aseguran al imputado la posibilidad de defenderse contra las acusaciones dirigidas en su contra.

A tal fin, se ha establecido que aquellas impugnaciones del veredicto de remoción fundadas en el incumplimiento de

las reglas del debido proceso son materia justiciable y, llegado el caso, habilitan la jurisdicción apelada de esta Corte (Fallos: 308:961, 965). Al respecto, el Tribunal ha introducido dos precisiones. La primera, se refiere a la necesaria intervención previa del superior tribunal local, al menos en lo concerniente a las cuestiones federales que se hubiesen propuesto. En este sentido, ha extendido a las decisiones de los jurados de enjuiciamiento de magistrados provinciales la doctrina según la cual el tribunal cuya sentencia definitiva es susceptible de ser apelada por la vía del recurso extraordinario es la que dicta el "órgano jurisdiccional erigido como supremo por la constitución local" (Fallos: 328:3148, 3156 y sus citas; 329:3021, 3024, 3029). La segunda de las precisiones aludidas, demanda que la instancia judicial local ofrezca una respuesta sustantiva al interesado, es decir, fundada en un desarrollo argumentativo racional; por el contrario, una decisión confirmatoria del veredicto de remoción con fundamentos genéricos y abstractos no permite tener por cumplido el examen judicial (Fallos: 331:2195, 2201).

5º) Que en sentido concordante con el dictamen emitido por la señora Procuradora Fiscal, el pronunciamiento del Tribunal Superior de la Provincia de Misiones, al desestimar el recurso interpuesto por la jueza Catella, no ha tomado en cuenta seriamente los agravios centrales contra el veredicto que dispuso su remoción. Por el contrario, ha dedicado extensas consideraciones a refutar otros cuestionamientos de carácter secundario que no hacen estrictamente a las cuestiones federales propuestas.

En lo concerniente a su derecho constitucional de defensa en juicio, la jueza removida cuestionó el procedimiento por no haber tenido oportunidad de ser oída, ni haber tenido acceso al expediente desde el inicio de las actuaciones, es decir, durante las etapas previas a la acusación (fojas 1547/1554 vta.). Asimismo, consideró exiguo el plazo que le se le otorgara -ya ante la sala juzgadora- de cinco días corridos -de los cuá-

les solo tres fueron hábiles- entre el momento en que tomó conocimiento del contenido de la acusación y el vencimiento del término para presentar su defensa (fs. 1559 vta./1560 vta.). También en conexión las alegadas restricciones a su derecho de derecho de defensa, mencionó que no tuvo posibilidad de producir la prueba más adecuada a las imputaciones que se le habían dirigido (fs. 1566 vta./1567 vta.).

Por último, señaló que la decisión de la legislatura configuró el ejercicio indebido de funciones judiciales al revisar lo resuelto en una sentencia del tribunal superior (fs. 1589 vta./1594 vta.).

Como respuesta a estas cuestiones, el Tribunal Superior de Misiones se limitó a consignar que, de acuerdo con la ley provincial que regula el procedimiento, ante el órgano de acusación "no se le otorga intervención al acusado, ya que se trata de actos instructorios o preparatorios de un enjuiciamiento solo probable o hipotético" (fs. 1715/1715 vta.). Sobre el rechazo de la prueba ofrecida por la enjuiciada, solo se expresó que tal decisión fue tomada en ejercicio de "las facultades propias de la Sala Juzgadora" y que "en todo momento se siguió con el procedimiento establecido expresamente por la ley, actuando la Sala Juzgadora dentro de sus propias facultades (fs. 1718 vta.). En cuanto a la aptitud del plazo otorgado para la preparación de la defensa, lo consideró suficiente a partir de que la enjuiciada "evacuó el traslado conferido, con amplia posibilidad de exponer en forma verbal todo lo que no pudo expresar por escrito".

Las expresiones aludidas no constituyen una respuesta judicial suficiente, en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, puesto que no examinan las cuestiones desde la perspectiva del derecho constitucional de defensa que asiste a todo magistrado judicial sometido a juicio de remoción. En efecto, ningún análisis contiene el texto del pronunciamiento orientado a establecer si la garantía del debido proceso otorga al acusado la posibilidad de defenderse en todas las instancias del proce-

dimiento, inclusive aquellas que se desarrollan por ante el órgano de acusación y, si, en caso afirmativo, la ley local que rige el procedimiento admite una interpretación en ese sentido. A partir de esta insuficiencia del fallo, mayor relieve cobra la ausencia de toda evaluación en torno a la brevedad del plazo otorgado posteriormente a la defensa para contestar la acusación y al rechazo de la prueba ofrecida por la magistrada enjuiciada. Sobre esto último, la sentencia apelada no analiza si la desestimación de la prueba se fundó en motivos plausibles, pues, contrariamente a lo expresado en el fallo apelado, la posibilidad de producir prueba integral el derecho de defensa y ello implica que su rechazo no es algo librado al mero arbitrio, sino una decisión basada en la manifiesta inutilidad de los medios probatorios de que se trate.

6º) Que el resto de los agravios levantados por la jueza enjuiciada contra el veredicto de remoción, clasificados genéricamente como "las demás cuestiones" fueron despachados sin tratamiento alguno mediante la fórmula de que no son susceptibles de revisión judicial (fs. 1719 vta./1720 vta.), sin dar respaldo alguno para excluir de esa manera la intervención de los tribunales provinciales en tales cuestiones.

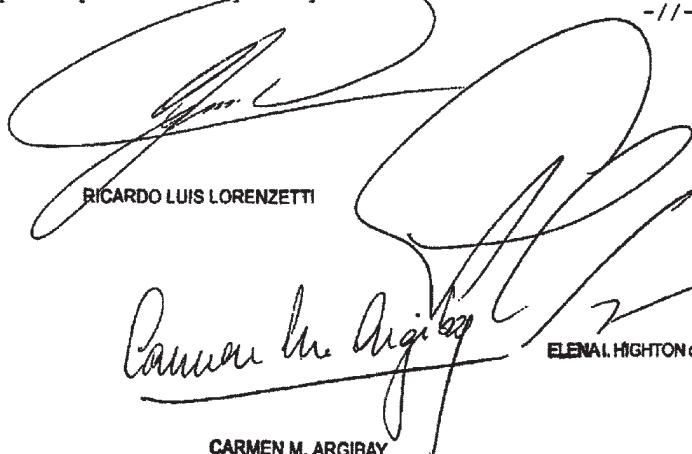
7º) Que, con tal comprensión, se torna aplicable la doctrina de este tribunal según la cual la intervención del Superior Tribunal de la provincia mediante un pronunciamiento válido, con arreglo a lo expresado en el considerando 4º de esta sentencia, es indeclinable cuando se plantean sobre bases fundamentadas en cuestiones prima facie de naturaleza federal, como es, en el caso, la configurada por la alegada violación de la garantía del debido proceso.

En las condiciones expresadas, la garantía constitucional que se invoca como vulnerada guarda relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15, ley 48), por lo que corresponde privar de validez al fallo recurrido a fin de que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones dicte un nuevo pronunciamiento que dé una respuesta fundada a los plante-

os constitucionales introducidos.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, -/-se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

-/-



RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso de hecho interpuesto por Marta Susana Catella, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los Dres. Diego R. Morales, Mariano Laufer Cabrera y Facundo Capurro Robles.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones.

Órgano que intervino con anterioridad: Sala Juzgadora de la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones

DIAZ, PAULO VICENTE C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES
S.A. S/ DESPIDO

VALE ALIMENTARIO

Corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c) de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700) relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial, remitiendo al precedente “Pérez, Aníbal” (Fallos: 332:2043) si pese a que dicha norma se encuentra actualmente derogada el recurrente mantiene interés en la definición legal de su situación en razón de que, durante el período por el que formula el reclamo indemnizatorio, su derecho se encontraba regido por ella.

SALARIO

Hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio N° 95 de la OIT, resulta claro que el concepto “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”, previsto en el Convenio Colectivo aplicable a la actividad de la demandada reviste naturaleza salarial a la luz de lo dispuesto en el art. 1º de aquél convenio, que establece que “el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

TRATADOS INTERNACIONALES

La afirmación de la cámara en el sentido de que la incorporación de los convenios de la OIT al derecho interno argentino no la produce la ratificación de los convenios sino la “recepción legislativa interna” de éstos, tomó como causa lo que es consecuencia, ya que la ratificación de un convenio, con arreglo al art. 19.5.d de la Constitución de la OIT implica la obligación de “hacer efectivas” las disposiciones de aquél y por ende, solo en caso de ser “necesarias” para ese fin, el Estado ratificador deberá adoptar medidas internas, siendo indudable que la existencia o inexistencia de dicha necesidad no puede ser establecida a la luz de la norma citada sino a la de ordenamiento interno (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala VIII, fs. 463/466), confirmó el fallo de primera instancia (v. fs. 434/440) en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo y la nulidad del

carácter no remunerativo de la asignación prevista en el acuerdo colectivo aplicable a la actividad de la demandada llamado "Anticipo acta. Acuerdo Nov. 2005".

Para así decidir, respecto al planteo referido al art. 103bis de la LCT y la discordancia con el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección del salario advirtió, en primer lugar, que para resolver el caso no ingresaría en la discusión acerca de la jerarquía normativa de los tratados internacionales (artículo 75, inciso 22 de I CN), ni su inclusión en la mención genérica de tratados con organismos internacionales, ni a la forma de adherirse a la OIT, ni a la calidad que corresponde atribuir cuando los convenios supranacionales están ratificados. Puntualizó que limitaba su análisis a responder cuál sería la obligación que adquiere un estado frente a la OIT cuando ratifica un convenio y citó para ello el artículo 19 de la Constitución del organismo internacional (ratificada por la ley 11.722, sucesivas enmiendas y últimas ratificadas por leyes 20.683 y 23.912).

Señaló que la ratificación de un convenio internacional no incorpora su texto al derecho interno del estado miembro. Sólo impone a éste hacerlo, por las vías constitucionales pertinentes. La renuencia o negativa del estado a adecuar su legislación a las prescripciones del convenio puede acarrearte, como culminación de un largo proceso de reclamaciones, medidas no especificadas de persuasión o coerción tendientes a que cumpla con su obligación de promover la recepción legislativa interna de dichas prescripciones. La discordancia de contenido de las leyes nacionales respecto de convenios ratificados no convierte a aquéllas en inconstitucionales (v. fs. 465, párrafo primero).

Por último, se refirió al "Anticipo acta. Acuerdo Nov. 2005" por el cual se había fijado un concepto no remuneratorio que pasó a integrar las retribuciones de los trabajadores mediante un convenio colectivo que para el juzgador "...su calidad normativo de contrato explica la no incumbencia de los jueces en las cláusulas que lo integran, en cuanto constituyan mayores beneficios para los trabajadores allí representados, independientemente que revistan carácter remunerativo o no..." (v. fs. 465, punto III.).

Contra dicho pronunciamiento, la actora dedujo la apelación federal, que fue contestada por la contraria y cuya denegación dio origen a la presente queja (v. fs.

471/481; fs. 484/486; fs. 488/489, respectivamente y fs. 33/39 de la presentación directa).

-II-

La recurrente se agravia, en síntesis, porque la decisión fue contraria al derecho fundado en el art. 1º del Convenio 95 de la OIT sobre protección del salario en cuanto al concepto jurídico de remuneración allí contenido que comprende a los tickets canasta previstos en el art. 103bis y el adicional establecido en el Acuerdo Colectivo a fin de integrarlos en la base salarial para el cálculo de las indemnizaciones por falta de preaviso y despido sin causa. Puntualiza que se ve afectado el derecho de propiedad, el debido proceso, la protección constitucional del salario y contra el despido arbitrario, la igualdad ante la ley y la jerarquía superior a las leyes tanto de la Constitución Nacional como la de los Tratados Internacionales (arts. 14bis, 16, 17, 18, 31, 75.22 de la CN). Agrega que constituye gravedad institucional la sentencia recurrida en cuanto expresa que la ratificación del convenio internacional de la OIT ratificado no se incorpora al derecho interno del estado miembro. Asimismo plantea arbitrariedad porque no se tuvo en cuenta el planteo referido a la naturaleza remuneratoria de los conceptos reclamados en relación a la definición legal y supralegal y que con apoyo en las normas laborales de orden público laboral las partes colectivas se encuentran limitadas en la negociación, por cuanto los convenios colectivos de trabajo no pueden imponer condiciones perjudiciales para el trabajador diferentes de las establecidas por la ley (citó los arts. 7, 8, 9 y 103 de la LCT). Todo ello resulta contrario al principio protectorio constitucional, a una retribución justa y a una adecuada protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la CN).

-III-

En primer término, cabe señalar que el recurso extraordinario interpuesto ha sido mal denegado, toda vez que la cuestión promovida conduce al estudio de un tema federal en los términos del art. 14 inciso 3º de la ley 48. Reúne asimismo requisitos que hacen a su admisibilidad. A tal fin, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de las partes ni de la Cámara, puesto que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas de naturaleza

federal en juego (Fallos 330:3758, entre muchos otros)

En segundo término, en relación a las cuestiones de fondo materia de debate, decisión y recurso por las que se ha dado intervención a este Ministerio Público Fiscal, encuentran suficiente respuesta en la sentencia del 1º septiembre de 2009, en los autos S. C. P. 1911, L. XLII, "Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.", a cuyos términos y consideraciones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Sin perjuicio del aspecto señalado, y dadas las afirmaciones del a quo de fojas 465, cabe puntualizar que la cita allí efectuada del art. 19 de la Constitución de la OIT (ratificada por ley n° 11.722 y enmiendas posteriores mediante leyes nros. 13.559, 14.324, 4460/63, 16.838, 20683, 23.912) se refiere al proceso de ratificación y no a la situación del Convenio ratificado como es el caso del referido a la protección del salario (n° 95) cuya aplicación al sub lite reclamó la actora. Al respecto, en el dictamen de este Ministerio Público, del 10 de noviembre de 2008, en los autos citados en el párrafo anterior, se puntualizó que los Convenios de la OIT, una vez ratificados, son de rango superior a las leyes (ver apartado IV, con cita de Fallos 327:4607, considerando 5º, párrafo 4º del voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay) y que la noción de remuneración en manera alguna podría entenderse de alcances menores que la acuñada en el art. 1º del referido Convenio n° 95 (v. Considerando 8º, del voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, en el caso "Pérez", citado).

En el presente caso, el conflicto radica en que no se puede cambiar la naturaleza jurídica propia de la contraprestación. Así se encuentra definido por el mencionado Convenio 95 de la OIT en su artículo 1º y que es coincidente con el art. 103 de la LCT. En tal sentido los votos concurrentes de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay se remitieron a los fundamentos del dictamen en cuanto la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo. La indebida exclusión de conceptos que, como el *sub examine*, se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio

constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario (v. in re: "Pérez", Considerando 11º del voto citado; asimismo Considerando 3º del voto de la mayoría).

El criterio apuntado no sólo da respuesta al planteo referido a los importes correspondientes a los vales alimentarios sino también al concepto "Anticipo *acta*. Acuerdo Nov. 2005", objeto de reclamo en este caso. No obstante, que el a quo ubicó el concepto en una supuesta disponibilidad de las partes, que no surge de texto laboral alguno (v. fs. 465, párrafo 2º), porque en tales casos aquéllas no pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales (art. 7º de la LCT). Las disposiciones de las convenciones colectivas deben ajustarse a los preceptos que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de aquellas instituciones resulten más favorables a los trabajadores (art. 7º de la Ley de Convenciones Colectiva de Trabajo, nº 14.250). En tal sentido, cobra relevancia para el *sub lite* el criterio sentado en el caso "Pérez", ya citado, en cuanto la mayoría del Tribunal señaló que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doctrina Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional (v. Considerando 5º, párrafo 4º del voto concurrente de la mayoría en el caso "Pérez"). Llamar las cosas por su nombre, esto es, por el nombre que el ordenamiento constitucional les da, resulta, en el caso, un tributo a la "justicia de la organización del trabajo subordinado, principio rector a cuya observancia no es ajena la empresa contemporánea" (v. Considerando 9º y sus citas, del voto concurrente de la mayoría en el caso "Pérez").

Por todo lo expresado, opino que debe hacerse lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y devolver los autos al Tribunal de origen a fin de que, por quien proceda, se dicte nuevo pronunciamiento

con el alcance indicado.

Buenos Aires, *de 6 enero de 2009.*

M

MARTA R. REINHO de GONCALVEZ
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *4 de junio de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que las circunstancias de la causa han sido adecuadamente descriptas por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 43/45, capítulos I y II, por lo que cabe remitirse a lo allí expuesto, para evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que, como lo señala la señora Procuradora Fiscal en el capítulo III de su dictamen, el recurso extraordinario ha sido mal denegado, toda vez que el planteo constitucional formulado por el apelante suscita cuestión federal en los términos del art. 14 inc. 3º de la ley 48.

3º) Que este Tribunal ha señalado en forma reiterada que sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 324:3948; 325:2275, entre muchos otros).

4º) Que, con referencia al carácter salarial de los vales alimentarios, cabe recordar que los incisos b y c del art.

103 bis de la ley 20.744 (texto según ley 24.700), fueron derogados por la ley 26.341, sancionada el 12 de diciembre de 2007 y promulgada el 21 del mismo mes.

5º) Que, no obstante lo expuesto, esta Corte ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación (entre otros: causas "Avigo, Liliana Noemí" Fallos: 325:3243; "Muller, Miguel Ángel", punto III del dictamen del Procurador General, al que remite el pronunciamiento, Fallos: 326:1138).

6º) Que tal es lo que acontece en el sub lite, ya que el recurrente mantiene interés en la definición legal de su situación en razón de que, durante todo el período por el que formula el reclamo indemnizatorio, su derecho se encontraba regido por el inciso c del art. 103 bis de la ley 20.744, actualmente derogado.

7º) Que tal cuestión tiene adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones expuestos en el fallo de este Tribunal en la causa "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", voto de la mayoría y voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay (Fallos: 332:2043), a los que cabe remitir en razón de brevedad. Por ende, los agravios vertidos en tal aspecto han de prosperar.

8º) Que, con relación al concepto "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005", previsto en el convenio colectivo aplicable a la actividad de la demandada, asiste razón al recurrente cuando cuestiona los fundamentos por los que el a quo acepta la validez de su calificación como no remuneratorio, atribuyéndolo al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes y, sobre tal razonamiento, desestima la pretensión de que sean incluidos en la base salarial.

9º) Que, conforme lo ha señalado este Tribunal en la mencionada causa "Pérez c/ Disco", el trabajador constituye un

sujeto de "preferente tutela constitucional", hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de derecho interno y fallos de este Tribunal (causa citada, *Fallos: 332:2043*, en especial considerandos 3º, 4º, 5º del voto de la mayoría y considerandos 7º, 8º, 10 del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay).

10) Que, en tal sentido, hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio nº 95 de la OIT, resulta claro que el concepto en cuestión reviste naturaleza salarial, a la luz de lo dispuesto en el art. 1º de dicho convenio, en cuanto establece que: "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

11) Que, dado que cuando la Nación Argentina ratifica un tratado "se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales 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*, considerando 20; *318:2639*, considerando 6º; *331:2663*, considerando 7º, entre otros), el a quo solo pudo obviar su aplicación al presente caso señalando la necesidad de adoptar medidas internas -si es que existía alguna- para hacerlo efectivo en las concretas circunstancias de la causa.

12) Que, por lo expuesto, corresponde declarar la invalidez del derogado art. 103 bis, inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo en su aplicación al caso, así como la de la cláusula convencional mediante la cual se pactó el "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005", en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de los agravios examinados, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, acumúlese

la queja al principal y, oportunamente, remítase, a fin de que, por quien corresponda, sea dictada una nueva sentencia con arreglo a la presente.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

CARMEN M. ARGIBAY

VO-//-

-//--TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA
Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo rechazó la inclusión, en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido, de los importes correspondientes a los "Vales Alimentarios Ley 24.700" y "Vales Alimentarios Adicionales", así como también el denominado "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005" pactado, con carácter no remuneratorio, en un acuerdo complementario del convenio colectivo 152/91, aplicable a la actividad de la demandada. Para así decidir: a) confirió una interpretación restrictiva al término "remuneración" -por oposición a la "retribución", que entendió amplia-, el cual definió como la "contraprestación debida por la ejecución de la prestación laboral: la cantidad y/o calidad del trabajo realizado, estilizada por la norma [art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo] en la puesta a disposición del empleador, para prestarlo, de capacidad de trabajo"; b) desestimó la inconstitucionalidad del citado art. 103 bis, inc. c -que el trabajador apoyó en el art. I del Convenio N° 95 sobre la protección del salario (1949), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)- al entender que "[l]a ratificación de un convenio no incorpora su texto al derecho interno del estado miembro. Solo impone a éste hacerlo, por las vías constitucionales pertinentes. La renuencia o negativa del estado a adecuar su legislación a las prescripciones del convenio puede acarrearle, como culminación de un largo proceso de reclamación, medidas no especificadas de persuasión o coerción tendiente a que cumpla con su obligación de promover la recepción legislativa interna de dichas prescripciones. La discordancia de contenido de las leyes nacionales respecto de convenios ratificados no convierte a aquéllas en inconstitucionales", y c) sostuvo que la convención colectiva de trabajo es un contrato normativo (arts. 1195 y 1199 del Código Civil) con efecto extensivo solo a quienes fueron parte y, por ello, no son de incumbencia de los jueces las cláusulas conven-

cionales que otorgan mayores beneficios a los trabajadores, con independencia de que revistan, o no, naturaleza salarial. Contra ese pronunciamiento, el vencido dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

2º) Que la apelación federal ha sido mal denegada, porque promueve una cuestión constitucional en los términos del art. 14.3 de la ley 48, y reúne los restantes recaudos de admisibilidad.

3º) Que los agravios enderezados a objetar la constitucionalidad del citado art. 103 bis, inc. c, de la Ley de Contrato de Trabajo y la naturaleza no salarial de los vales alimentarios, encuentran respuesta en las consideraciones y conclusiones expresadas por el Tribunal en la causa "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (Fallos: 332:2043), a las que cabe remitir en razón de brevedad.

4º) Que, por las razones antedichas, a idéntica conclusión se arriba respecto de la asignación no remunerativa "Anticipado Acta Acuerdo Nov. 2005", especialmente cuando, tal como lo expresó esta Corte en el caso "Madorrán", la Constitución Nacional "es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva" (Fallos: 330:1989).

5º) Que, por cierto, el citado precedente "Pérez", atento sus fundamentos, descalifica de manera implícita la postura del a quo en torno de la incorporación de los convenios de la OIT al derecho interno argentino (en igual sentido: "Fermín, Mauricio", Fallos: 331:1664, relativo al Convenio N° 169). Mas aún; en "Milone", el Tribunal juzgó, incluso, que esos instrumentos, en tanto ratificados, se inscriben entre los tratados a los que el art. 75 inc. 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional, confiere jerarquía superior a las leyes (Fallos: 327:4607). Con todo, dado que, contrariamente a lo sucedido en esos litigios, la aludida cuestión ha sido planteada en la deci-

sión sub examine, conviene esclarecerla en esta oportunidad. Cabé reiterar, entonces, que la Sala afirmó que dicha incorporación no la produce la ratificación de los convenios, sino la "recepción legislativa interna" de éstos. Para ello, se fundó en los incs. b, d y e del art. 19.5 de la Constitución de la OIT, de los cuales, procede advertirlo desde un comienzo, solo podría tener relevancia el d, por cuanto está en juego un convenio ya ratificado. Según este inciso, satisfecho el trámite que prevé, el Estado, además de comunicar la ratificación formal del convenio al Director General, "adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio".

6º) Que, en tales condiciones, resulta claro que el a quo ha tomado como causa lo que es consecuencia. La ratificación de un convenio, con arreglo al recordado art. 19.5.d, implica la obligación de "hacer efectivas" las disposiciones de aquél (Valticos, Nicolas, "Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail", en *International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dinstein, Y., ed.), M. Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 993). Por ende, solo en caso de ser "necesarias" para ese fin, el Estado ratificador deberá adoptar medidas internas. El precepto, en consecuencia, da cuenta de un "principio evidente" (*allant de soi / self-evident*), en palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1925, según el cual "un Estado que ha válidamente asumido obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de dichas obligaciones" (*Echange des populations grecques et turques / Exchange of Greek and Turkish Populations*, opinión consultiva, 21-2-1925, Serie B, nº 10, p. 20, itálica agregada).

Empero es indudable que la existencia o inexistencia de dicha necesidad no puede ser establecida a la luz del citado art. 19.5.d, sino a la del ordenamiento interno. La incorporación de un convenio, olvida la Sala, depende básicamente de cada régimen nacional (Von Potobsky, Geraldo, "Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional", en *Les normes in-*

ternationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, OIT, 2004, p. 290). Por consiguiente, la cuestión en juego debió haber llevado al sentenciente a dilucidar, con arreglo al derecho nacional, cuáles eran, si alguna, las medidas internas que resultaban "necesarias" para hacer efectivas las concretas disposiciones del convenio propias del litigio. De lo contrario, correspondería admitir, como lo hace el juzgador, un resultado francamente insostenible: que la Constitución de la OIT habría impuesto a los Estados, para tornar aplicable un convenio ratificado, una suerte de régimen de tipo dualista, mediante el cual, todo convenio, en globo, requeriría siempre, a modo de "medida necesaria", una "recepción legislativa interna", a despecho de que el ordenamiento nacional previera uno de carácter monista, que volviera "innecesario" tal proceder.

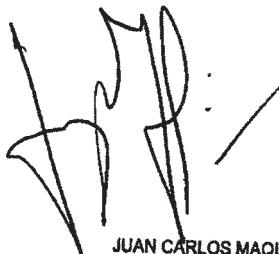
En suma, los argumentos del a quo incurren en dos graves errores. Por un lado, tergiversan la Constitución de la OIT, dándole a ésta, además, una inteligencia del todo opuesta a sus términos y a su objeto y fin, que no son, precisamente, condicionar la efectividad interna de los derechos y libertades enunciados en los convenios ratificados, a mayores recaudos que los que pueda exigir el régimen del Estado ratificador. Y, por el otro, soslayan sin rebozos el régimen nacional, al paso que terminan contradiciéndolo, puesto que, para éste, cuando la Nación ratifica un tratado, "se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla" (*Ekmekdjian c. Sofovich*, Fallos: 315:1492). A partir de este precedente, bueno es recordarlo, no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino ("Simón", Fallos: 328:2056, voto del juez Lorenzetti, considerando 17; v. asimismo: "Dragoevich", Fallos: 331:2663; "Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c. Gobierno Nacional", Fallos: 326:3882; "Méndez Valles c. A.M. Pescio SCA", Fallos: 318:2639, entre otros).

Es del caso advertir, desde otro ángulo pero en un orden afín de ideas, que el fallo apelado también muestra una marcada indiferencia hacia una eventual responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de un compromiso internacional, cuando ocurre que los órganos judiciales, integrantes esenciales de aquél, tienen, por lo contrario, el irrenunciable papel, dentro de los alcances de su competencia, de evitar que se produzca dicha responsabilidad ("Giroldi", Fallos: 318:514). Más aún; ello se corresponde con el hecho de que las sentencias judiciales integran, en los términos indicados, el abanico de "medidas" destinadas a satisfacer la efectividad de los derechos ("Wilner c/ Osswald", Fallos: 318:1269).

7º) Que, en conclusión, el art. 103 bis, inc. c, de la Ley de Contrato de Trabajo, y la cláusula convencional mediante la cual se pactó el "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005", son inconstitucionales, en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de los agravios examinados, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase, a fin de que, por quien corresponda, sea dictada una nueva sentencia con arre-

glo a la presente.



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso de hecho deducido por Paulo Vicente Díaz, actor en autos, representado por el doctor Guillermo Pajoni.

Tribunal de origen: Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 53.

IBAÑEZ CEJAS, JOSÉ BENEDICTO Y OTROS C/ EN - M°
DEFENSA - FAA - DTO 1104/05 751/09
S/PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG

ACLARATORIA

Resulta inadmisible la pretensión de sustituir el haber mensual -único rubro previsto en el precedente "Zanotti", al cual remitió la sentencia de la Corte, como base de cálculo- por otra base salarial mayor para determinar las diferencias remuneratorias, pues las sentencias del Tribunal no son susceptibles de ser revisadas por vía de recurso de reconsideración, revocatoria o nulidad, excepto en el supuesto de situaciones serias e inequívocas que demuestren con claridad suficiente el error que se pretende subsanar, supuesto que no se configura en el caso.

ACLARATORIA

Los planteos relacionados con otros suplementos que integran la remuneración del personal de las fuerzas armadas y de seguridad, cuya naturaleza jurídica o existencia no ha sido objeto de cuestionamiento ante la Corte o los tribunales que intervinieron previamente en la causa, exceden ampliamente el marco de la aclaratoria solicitada y su consideración en esta instancia procesal implicaría, por lo demás, una manifiesta alteración de la litis.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de junio de 2013.

Autos y Vistos; Considerando:

Que contra el pronunciamiento mediante el cual esta Corte confirmó la sentencia impugnada con sustento en los precedentes "Salas" (publicado en Fallos: 334:275) y "Zanotti, Oscar A." (Fallos: 335:430), la recurrente interpuso recurso de aclaratoria.

Que el planteo es inadmisible, en cuanto pretende que se sustituya el haber mensual –único rubro previsto en "Zanotti" como base de cálculo– por otra base salarial mayor para determinar las diferencias remuneratorias, pues las sentencias del Tribunal no son susceptibles de ser revisadas por vía de recurso de reconsideración, revocatoria o nulidad, excepto en el supuesto de situaciones serias e inequívocas que demuestren con claridad suficiente el error que se pretende subsanar (causa O.147.XLVI "Ortega, Teresa P. s/ amparo s/ rec. inaplic. ley y rec. inconstitucionalidad", pronunciamiento del 17 de mayo de 2011 y sus citas), supuesto que no se configura en el caso de autos.

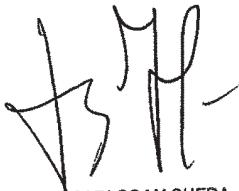
Que en lo que se refiere al "adicional transitorio" establecido en el artículo 5º de los decretos 1104/05, 1095/06, 871/07, 1053/08 y 751/09, en el fallo de fs. 98/101, esta Corte reconoció su naturaleza general, tal como lo requerían los actores en su demanda (fs. 2 vta.), de manera que mal puede corresponder asignarle tratamiento de suplemento particular como se lo solicita en el escrito en examen.

Que los planteos relacionados con otros suplementos que integran la remuneración del personal de las fuerzas armadas y de seguridad, cuya naturaleza jurídica o existencia no ha sido objeto de cuestionamiento ante esta Corte o los tribunales que intervinieron previamente en la causa, exceden ampliamente el marco de la aclaratoria solicitada y su consideración en esta instancia procesal implicaría, por lo demás, una manifiesta alteración de la litis.

Que sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, la preocupación manifestada de los recurrentes —que encontraría sustento en la conducta asumida por la demandada en oportunidad de hacer efectivos ciertos pronunciamientos que aplicaron la doctrina sentada en los fallos "Salas" y "Zanotti"— torna necesario que el Tribunal ponga de manifiesto una circunstancia que, pese a ser evidente, podría ser soslayada como consecuencia de la laberíntica y compleja estructura salarial de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Esto es, que la demanda de los actores ha sido acogida y, por lo tanto, han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, las liquidaciones que se practiquen como consecuencia de los citados precedentes en ningún caso pueden arrojar como resultado sumas menores a las que los actores hubiesen debido percibir por estricta aplicación de los decretos cuestionados en autos.

Por lo expresado, y por no corresponder mayores precisiones, se resuelve aclarar la sentencia en los términos expuestos

en el último considerando y rechazar los restantes planteos de la recurrente. Notifíquese y devuélvanse los autos.


RICARDO LUIS LORENZETTI
CARLOS S. FAYT
JUAN CARLOS MAQUEDA
E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por José Benedicto Cejas Ibáñez; Raúl Fernando Resales; Hugo Armando Bustos; Antonio Bernardo Marevic; Martín Fernando Luna; Juan Carlos Ayet; Ariel Darío Fernández; Francisco Antonio Bressia; Alberto Onofre Páez y José Emilio Omar Moreno, actores en autos, representados por la Dra. María Paula Lauría.

MERCADO MUÑOZ, IRIS S/EXTRADICIÓN

EXTRADICION

No basta la mera invocación de la existencia de prácticas aberrantes por parte de las autoridades del país extranjero para sostener la imposibilidad de efectuar la entrega de una persona sino que debe tenerse en cuenta si en la causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación de la justicia del país requirente, no advirtiéndose en el caso motivos suficientes y valederos que conduzcan a concluir que la requerida pueda verse expuesta a tratos incompatibles con los estándares internacionales de los derechos humanos ni para dudar de que en el Estado requirente se habrá de “aplicar con justicia la ley de la tierra”.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

EXTRADICION

Corresponde rechazar el agravio referido a no haberse dado intervención en el

proceso de extradición al hijo menor de edad de la requerida violando su derecho a intervenir en todos los asuntos que lo afecten (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), ya que si bien dicha norma garantiza su derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le incumban, ello debe efectuarse “... en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional” y ni la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767) ni el tratado aplicable contemplan la intervención del menor en trámites de extradición referidos a su o sus progenitores.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

EXTRADICION

No resulta atendible el cuestionamiento de la idoneidad de la nota verbal remitida por la Embajada de Chile para solicitar el extrañamiento por encontrarse redactada de forma impersonal y carecer de rúbrica, ya que se trata de la nota diplomática por excelencia y vehículo normal de comunicación escrita entre las embajadas y el ministerio de relaciones exteriores del estado receptor, y se caracteriza, justamente, por no llevar firma y estar redactada en tercera persona, por lo que se adecua a las exigencias del convenio.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

EXCARCELACION

Corresponde confirmar el fallo que declaró procedente la extradición de la requerida a la República de Chile para ser sometida a juicio por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, sin perjuicio de lo cual, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas de derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de la libertad al que estuvo sometida en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si la extraditada lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento.

EXTRADICION

Con respecto a la situación a la que se vería expuesta la requerida en jurisdicción del país requirente, corresponde que el juez de la causa -previo a la entrega- recabe de su par extranjero las condiciones de detención a las que estará sometida aquélla en el marco de los estándares de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas y solicite -de ser necesario- las debidas garantías para preservar su vida y seguridad personal (Del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de Mendoza, que concedió la extradición de Iris M. M., requerida por las autoridades de la República de Chile, por el delito de microtráfico de drogas, la defensa interpuso recurso ordinario de apelación, concedido a fojas 539.

A fojas 548/563 presentó el memorial del que V.E. corre vista a esta Procuración General.

-II-

En la impugnación, se expresan los siguientes agravios:

1. La sentencia carece de fundamentación suficiente, en tanto no valora las pruebas aportadas, ni contestó los argumentos de derecho oportunamente alegados por la defensa, en relación con el estado de las cárceles en el país trasandino.

2. El proceso es irregular, pues no se le dio intervención al hijo menor de edad de la requerida, ni se contempló en la sentencia la enfermedad que padece su padre.

3. La nota verbal presentada por la Embajada del país requirente está redactada de forma impersonal y sin rúbrica.

4. La documentación acompañada no se encuentra debidamente autenticada ni legalizada, y las firmas del Secretario de la Corte de Apelaciones de Talca que certifica las actuaciones chilenas, varían ostensiblemente.

5. El pedido formal de extradición es defectuoso, por cuanto: a) no surge con claridad si se requiere a M. M. en calidad de acusada o condenada; b) no se acompañó la orden de detención ni la

resolución que ordena el libramiento de la solicitud de extradición; c) tampoco se brindó una relación precisa del hecho, con explicación de la participación que le cupo a la requerida y la tipificación correcta, agregando que podría estarse ante una tentativa inidónea de delito imposible o un delito experimental, al tratarse de una entrega controlada de estupefacientes; y, d) no se remitieron las normas penales aplicables.

-III-

Del planteo de invalidez del acto jurisdiccional por falta de valoración de las pruebas aportadas por la defensa y la omisión de contestar sus alegatos referidos a que la requerida pueda ser sometida a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en atención a las condiciones carcelarias de la República de Chile, considero, más allá de que los jueces no se encuentran obligados a responder todos y cada uno de los argumentos introducidos por las partes, sino que sólo deben hacerlo con respecto a aquéllos que estimen conducentes para la correcta solución del litigio (*Fallos*: 329:4931; 331:2077, entre muchos otros), que el juez de la extradición sí evaluó correctamente lo expuesto por la defensa, así como los informes por ella señalados.

En este sentido, advierto que el *a quo* consideró fundamentalmente que las falencias indicadas en los sistemas penitenciarios chilenos, expuestas en los informes citados por la parte, no difieren de las que se verifican en otros establecimientos carcelarios de Latinoamérica (*Fallos*: 328:1146), y que, al constituir meras consideraciones generales no implican, por sí, un riesgo a la integridad física o psíquica de la requerida.

De esta forma, según mi parecer, en este agravio subyace únicamente la disconformidad de los recurrentes con la solución del litigio, lo que de modo alguno es razón suficiente para sustentar la nulidad de la

sentencia.

La Corte ha sostenido en los precedentes “*Gómez Gómez*” (Fallos: 324:3484), “*Carro Córdoba*” (Fallos: 330:1961) y “*Acosta González*” (Fallos: 331:2249), que no basta la mera invocación de la existencia de prácticas aberrantes por parte de las autoridades del país extranjero para sostener la imposibilidad de efectuar la entrega de una persona, sino que debe tenerse en cuenta, al margen de esas referencias genéricas, 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, tanto en lo que se refiere no sólo a sus derechos y garantías como a la seguridad y custodia de su persona.

Así, en el *sub examen*, no se advierten motivos suficientes y valederos que conduzcan a concluir que la requerida pueda verse expuesta a tratos incompatibles con los estándares internacionales de los derechos humanos ni para dudar de que en el Estado requirente -con quien nos une una larga tradición de asistencia recíproca- se habrá de “*aplicar con justicia la ley de la tierra*” (Fallos: 187:371).

-IV-

Se queja la defensa porque no se le dio intervención en el proceso de extradición al hijo menor de edad de la requerida, violando así su derecho a intervenir en todos los asuntos que lo afecten (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

V.E. ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto, en “*Lagos Quispe*” (Fallos: 331:1352), “*Paz*” (S.C. P. 773, L. XLIV, resuelta el 9 de diciembre de 2009), “*Schmidt*” (Fallos S.C. S. 780, L. XLIV, resuelta el 22 de diciembre de 2009) y “*López*” (Fallos: 333:927), donde sostuvo que la cuestión impetrada resulta infundada tanto como causal de improcedencia como de nulidad.

Lo primero, porque el tratado aplicable no contempla la circunstancia invocada como obstáculo para la extradición.

Lo segundo, porque si bien el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño regula el supuesto en que, cuando un niño está en condiciones de formarse un juicio propio, el Estado debe garantizarle el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le incumban -en particular de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte- al propio tiempo consagra que ello debe efectuarse “... *en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional*” (conf. Fallos: 331:1352, considerando 7º).

Y, a este respecto, ni la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), ni el tratado aplicable contemplan la intervención del menor en trámites de extradición referidos a su o sus progenitores.

Sin perjuicio de ello, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente, no sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “*interés superior del niño*”, estudiando sistemáticamente cómo sus derechos e intereses se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten (Fallos: 331:2047).

En este sentido, el ordenamiento jurídico argentino regula mecanismos de tutela que el *a quo* y/o las demás autoridades a las que compete intervenir en lo que resta del procedimiento de extradición -aún luego de adquirir firmeza la declaración de procedencia de la extradición (Fallos: 331:1352)-, podrán utilizar para velar por reducir al máximo posible el impacto negativo que, sobre la integridad de la menor pudiera generar, a todo evento, la extradición de su progenitora (Fallos: 333:927).

Por otra parte, en lo que atañe a la implicancia que los padecimientos del padre de la requerida pudieran tener sobre la procedencia de la entrega reclamada, además de que la circunstancia fue introducida

recién en esta instancia, razón por la que correspondería su rechazo *in limine* (doctrina de Fallos: 320:1775; 323:3749, entre otros), la defensa no aporta argumentos mínimos para sustentar su postura (Fallos: 332:297), la que, cabe señalar, tampoco encuentra asidero como causal de rechazo de la extradición en el instrumento internacional aplicable ni en la ley 24.767, con lo cual debe declararse su improcedencia.

-V-

Cuestiona la defensa la idoneidad de la nota verbal N° 832/10, remitida por la Embajada de Chile para solicitar el extrañamiento, atento a que se encuentra redactada de forma impersonal y carece de rúbrica.

Pues bien, la *nota verbal* es la nota diplomática por excelencia y el vehículo normal de comunicación escrita entre las embajadas y el ministerio de relaciones exteriores del estado receptor, la cual se caracteriza, justamente, por no llevar firma y estar redactada en tercera persona.

Además, es apta para comunicar la voluntad del Estado solicitante, atento lo previsto por la Convención sobre extradición de Montevideo de 1933 (ley 1.638), en cuanto establece que el pedido formal de extradición debe ser introducido por el “...*respectivo representante diplomático...*” (artículo 5).

Y, de acuerdo al artículo 3.1.a de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada por decreto ley 7.672/63, ratificada por ley 16.478), la misión diplomática permanente es quien representa al Estado acreditante ante el Estado receptor. Función que, en el caso, ejerce la Embajada de la República de Chile en la Argentina.

Por lo tanto, la comunicación diplomática inserta en una nota verbal emanada de esta misión extranjera (Fallos: 323:3762), se adecua

a las exigencias del convenio, y es por este medio apto que la Embajada del país vecino hace uso de su potestad de manifestar la voluntad del Estado requirente solicitando formalmente la extradición.

A mayor referencia, cabe agregar que el Tribunal ha considerado procedente este modo de comunicación, cuando un Estado extranjero asume el compromiso de computar al extraditable el tiempo de detención sufrido en la Argentina (Fallos: 330:2507), de que no se impondrá la pena de muerte (Fallos: 330:284), o para designar un representante en el proceso de extradición (Fallos: 323:1755).

-VI-

Arguye la recurrente que la documentación acompañada a la requisitoria internacional, no se encuentra debidamente autenticada ni legalizada, destacando que las firmas del Secretario de la Corte de Apelaciones de Talca, que certifica las actuaciones chilenas, varian ostensiblemente entre los documentos.

Sin embargo, olvida la defensa que “*la documentación remitida por vía diplomática no requerirá legalización*” y que “*la presentación en forma de los documentos hará presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran*” (artículo 4 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal; 24.767), pues se encuentran al amparo de la fe que le prestan, doblemente, el ministro extranjero que solicita la extradición y el Ministerio de Relaciones Exteriores que le da curso (Fallos: 316:1812).

Por ende, al haber sido introducida por vía diplomática, conforme la manda del artículo 5 del instrumento internacional, no puede dudarse de su autenticidad.

Ello, sin perjuicio de señalar que la queja de la defensa

radica en la forma en la que el secretario judicial del país vecino llevó a cabo la autenticación de los documentos remitidos -con firma completa, en algunos casos, y reducida, en otros-; certificación que en la Argentina hace plena fe de la existencia del original y su contenido, por lo que no advierto por qué ha de negársela a la que proviene de otro país, máxime si se considera que fueron *presentados en forma*.

-VII-

Sostiene la parte que la rogatoria internacional no satisface las exigencias convencionales, ya que: 1. no surge con claridad si se requiere a M M en calidad de acusada o condenada; 2. se omitió acompañar la orden de detención y la que ordena el libramiento de la solicitud de extradición; 3. tampoco ofrece una detallada descripción de los hechos, con explicación de la participación que le cupo a la requerida, y la tipificación correcta, aclarando que podría estarse ante una tentativa inidónea de delito imposible o un delito experimental, por tratarse de una entrega controlada de estupefacientes; y, 4. no se remitieron las normas penales correspondientes.

Pero, contrariamente a lo aludido, estimo que las deficiencias mencionadas no son tales, en virtud de las consideraciones que de seguido expondré.

1. Surge prístinamente de la nota verbal presentada por la Embajada de la República de Chile, que se solicita la entrega de M M en calidad de “*imputada en causa sobre Microtráfico de Drogas*” (fojas 1 del pedido formal de extradición), y la documentación que sustenta el pedido formal, como se verá a continuación, se condice con aquélla exigida convencionalmente para el supuesto que se requiera la extradición de una persona para ser sometida a un proceso penal (artículo 5.b).

Así, se cuenta con: una copia auténtica de la orden de detención, emanada de un juez competente; una relación precisa del hecho imputado; y, las leyes aplicables a éste junto con las referentes a la prescripción de la acción penal.

2. Las órdenes de detención -autenticadas y legalizadas; cfr. el apartado VI- se encuentran debidamente acompañadas. En este sentido, se cuenta con la orden de detención emanada del Juzgado de Garantía de Curicó, obtenida del Sistema de Apoyo a la Gestión Judicial, conforme reza la respectiva certificación (fojas 50 del pedido formal de extradición), y la resolución de la Sala I de la Corte de Apelaciones de Talca, por la cual se acoge la solicitud del Ministerio Público chileno para obtener la extradición de M M y se ordena su captura “*a fin de evitar su fuga*” (fojas 48/49 *idem*).

Por otra parte, la exigencia de acompañar la resolución judicial que ordena el libramiento de la solicitud de extradición, que refiere la defensa, resulta una condición prevista en el artículo 13.d de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), circunstancia que torna al planteo en improcedente, conforme la doctrina del Tribunal, acerca de que ante la existencia de un tratado, sus disposiciones y no las de la legislación interna son las aplicables al pedido de extradición, ya que lo contrario importaría apartarse del texto del instrumento convencional (artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) e incorporar un recaudo no previsto por las partes contratantes, alterando unilateralmente lo que es un acto emanado del acuerdo entre varias naciones (Fallos: 329:1245 y 332:1309).

3. Respecto de la descripción fáctica efectuada por las autoridades requirentes, V.E. tiene decidido que no es requisito convencional que la conducta delictiva deba tener una fijación tempor-

espacial delimitada en un día, hora y domicilio específico, sino que es suficiente su ubicación en un lapso y en un lugar, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso (Fallos: 330:2065).

Sobre el particular, mediante la solicitud de colaboración internacional, se le imputa el haber integrado, desde fines de 2008, una agrupación dedicada a la importación de *cannabis sativa* desde la Argentina, para su posterior distribución en la ciudad de Curicó, disponiendo para ello de medios y de una distribución de funciones. En este contexto, entre el 11 y el 17 de enero de 2009, dos personas detenidas en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Los Andes, mediante teléfonos celulares, lograron la importación a Chile de alrededor de cien kilos de *cannabis sativa* a través del paso fronterizo Los Conquistadores, en la Región de Valparaíso. Las personas encargadas del traslado de los alcaloides la depositaron al cuidado de Iris M. M. quien, de acuerdo a la distribución de funciones e instrucciones recibidas de los cabecillas de la organización ilícita, debía acopiarla en su domicilio de la localidad de Los Andes, para que, posteriormente, sea distribuida por otra persona. Adicionalmente, la requerida mantenía guardados en su residencia la suma de tres millones novecientos mil pesos chilenos, destinados al pago de la droga que iba a recibir (fojas 18/19 del pedido formal de extradición).

Como puede apreciarse, la descripción no sólo satisface la exigencia convencional, sino que, además, se adecua a los estándares fijados por V.E., ya que cumple con la finalidad de brindar certidumbre al extraditable sobre los hechos por los cuales habrá de defenderse en el marco del proceso que se le sigue en el Estado requirente (Fallos: 330:2065).

Las autoridades trasandinas calificaron a estos hechos como constitutivos del delito de tráfico de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3º de la ley 20.000, en relación con lo estatuido en

el artículo 1º del mismo cuerpo legal (fojas 48/49 del pedido formal de extradición).

A este respecto, la defensa plantea que no es clara la tipificación de la conducta reprochada a la *extraditurus*, por cuanto en el oficio N° 785-2010, dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, por la Sala I de la Corte de Apelaciones de Talca, se consigna que la investigación se refiere a los delitos de estafas y otras defraudaciones (fojas 2 del pedido formal de extradición).

Sin embargo, entiendo que esa circunstancia no es más que un error material en la confección del documento, que no alcanza para desvirtuar la calificación que se le atribuye a lo largo de todo el legajo, e incluso, en el oficio mencionado.

En este sentido, la recurrente no considera los demás elementos que integran el pedido formal de extradición, el cual, cabe recordar, debe ser analizado en su conjunto (*Fallos: 324:1694*).

Así, se menciona que se solicita la extradición en relación con una investigación por el delito de tráfico de estupefacientes en la nota verbal (fojas 1 del pedido formal de extradición), en el mismo oficio discutido -se hace referencia a los artículos 1º y 3º de la ley 20.000, de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas- (fojas 2 *idem*), a lo largo de las actuaciones propias del Juzgado de Garantía de Curicó (fojas 5, 14/25, 34/47 *idem*), en la acusación del representante de la vindicta pública en la causa chilena (fojas 26/33 *idem*), en las copias de las leyes acompañadas para sustentar la rogatoria internacional (fojas 13 *idem*), en la resolución de la Sala I de la Corte de Apelaciones de Talca, que ordena la extradición y la detención (fojas 48/49 *idem*), y en la orden de detención emanada del juzgado trasandino (fojas 50 *idem*).

Por consiguiente, entiendo que no quedan dudas del delito por el cual se reclama la entrega.

Finalmente, sostiene la recurrente que podría estarse ante una tentativa inidónea de delito imposible o un delito experimental, por tratarse de una entrega controlada de estupefacientes.

Sin embargo, la defensa no aporta fundamento alguno para sustentar ese argumento, ni se advierte una afectación a sus garantías fundamentales. A todo evento, el planteo trasunta una cuestión de fondo, que como tal, debe ser planteada ante la justicia del país requirente (Fallos: 332:1309).

4. Por último, más allá de que la defensa no señala cuáles normas omitió enviar el Estado requirente, entiendo que resulta pertinente mencionar que sí acompañó la totalidad de las copias de los textos legales requeridos por el instrumento internacional: aquéllas aplicables al hecho y las referentes a la prescripción.

Así, obran en el legajo: copia de los artículos 1º y 3º de la ley N° 20.000, que sustituye a la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes (fojas 13 del pedido formal de extradición), y copia de los artículos 94 y 95, que establecen las reglas de la extinción de la acción penal (fojas 11 idem).

De esta forma, opino que se encuentran cumplidos los extremos exigidos por la Convención, ya que la legislación acompañada es adecuada para cumplir los fines que inspiran su imposición.

-VIII-

En mérito a lo expuesto, solicito a V.E. que confirme la sentencia en todo cuanto fue materia de apelación.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2012.

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *4 de junio de 2013.*

Vistos los autos: "Mercado Muñoz, Iris s/ extradición".

Considerando:

1º) Que, contra la resolución del juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1 de Mendoza que declaró procedente la extradición de Iris Mercado Muñoz a la República de Chile para ser sometida a juicio por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (conf. fs. 477 según fundamentos obrantes a fs. 523/526), interpuso recurso de apelación ordinaria la defensa de la requerida (fs. 528/538) que, concedido a fs. 539, fue fundado en esta instancia (fs. 548/563). A su turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la declaración de procedencia (fs. 565/571).

2º) Que la mayoría de los agravios en que se sustenta la apelación constituyen –en lo sustancial– mera reiteración de los que ya fueron ventilados en el trámite de extradición, debidamente considerados por el a quo de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable que rige la entrega, sin que la parte se hiciera cargo en esta instancia de tales razones tal como surge, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, si se confronta el tenor de las cuestiones presentadas en el escrito de fs. 548/563 con los términos de la resolución apelada.

3º) Que, en cuanto a los restantes, esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos y conclusiones remite, en lo pertinente, por razones de brevedad para desestimar la apelación interpuesta.

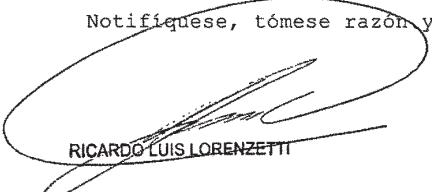
4º) Que, sin perjuicio de lo cual, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país

requirierte el tiempo de privación de la libertad al que estuvo sometida la requerida en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si la extraditada lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento ("Rojas Naranjo, Pablo César", considerando 8º; Fallos: 331:2298).

5º) Que, por último, respecto de la situación a la que se vería expuesta la requerida en jurisdicción del país requirente, corresponde que el juez de la causa -previo a la entrega- recabe de su par extranjero las condiciones de detención a las que estará sometida Mercado Muñoz en el marco de los estándares de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas y solicite -de ser necesario- las debidas garantías para preservar su vida y seguridad personal (conf. Fallos: 331:1028; 332:1322 y 333:1205).

-/- Por ello y de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: Confirmar el fallo recurrido que declaró procedente la extradición de Iris Mercado Muñoz a la República de Chile para ser sometida a juicio por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



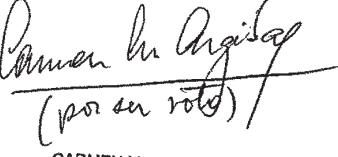
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY



E. RAUL ZAFFARONI

-3-

-//-/TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que, contra la resolución del juez a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nº 1 de Mendoza que declaró procedente la extradición de Iris Mercado Muñoz a la República de Chile para ser sometida a juicio por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (conf. fs. 477 según fundamentos obrantes a fs. 523/526), interpuso recurso de apelación ordinaria la defensa de la requerida (fs.528/538) que, concedido a fs. 539, fue fundado en esta instancia (fs. 548/563). A su

turno, el señor Procurador Fiscal propuso confirmar la declaración de procedencia (fs. 565/571).

2º) Que la mayoría de los agravios en que se sustentó la apelación constituyen –en lo sustancial– mera reiteración de los que ya fueron ventilados en el trámite de extradición, debidamente considerados por el a quo de forma ajustada a derecho y al tratado aplicable que rige la entrega, sin que la parte se hiciera cargo en esta instancia de tales razones tal como surge, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, si se confronta el tenor de las cuestiones presentadas en el escrito de fs. 548/563 con los términos de la resolución apelada.

3º) Que, en cuanto a los restantes, esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos y conclusiones remite, en lo pertinente, por razones de brevedad para desestimar la apelación interpuesta.

4º) Que, sin perjuicio de lo cual, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de la libertad al que estuvo sometida la requerida en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si la extraditada lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento ("Rojas Naranjo, Pablo César", considerando 8º, Fallos: 331:2298).

Por ello y de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve Confirmar el fallo recurrido que declaró procedente la extradición de Iris Mercado Muñoz a la República de Chile para ser sometida a juicio por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso ordinario interpuesto por: Iris Mercado Muñoz, representada por los Dres. Pablo Rotondi y Edgardo Raúl Izura.

Tribunal de origen: Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1 de Mendoza, Sala C, provincia de Mendoza.

**TERRILE, ANALIA ALICIA C/ DEL AGUILA S.R.L. Y OTROS
S/ INCIDENTE (PPAL 19036/06) S/INAPLICABILIDAD DE LA LEY****COSA JUZGADA**

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que al declarar inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley dejó firme la condena a pagar por concepto de salarios, diferencias de haberes, SAC, preaviso antigüedad e indemnizaciones laborales contra la persona jurídica empleadora y las personas físicas co-demandadas, sin examinar la excepción de cosa juzgada introducida por la interesada oportunamente ya que dicha omisión resulta relevante, máxime si se advierte que la primera demanda -rechazada- contra la recurrente fue fundada en el art. 26 de la Ley de Contrato de Trabajo y el cambio de argumentación jurídica no transforma a la nueva pretensión en una diferente, si ella se sustenta en las mismas circunstancias de hecho y persigue igual finalidad que el juicio anterior.

DICTAMEN LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-- I --

Los jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, al declarar inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley dejaron firme la condena a pagar por concepto de salarios, diferencias de haberes, SAC, preaviso antigüedad e indemnizaciones laborales contra la persona jurídica empleadora y las personas físicas co-demandadas (v. fs. 171/177).

Respecto de éstas últimas –en síntesis y en lo que interesa– mantuvieron su responsabilidad solidaria con fundamento en los arts. 54 y siguientes de la ley 19.551 y art. 14 de la LCT. En cuanto a la impugnación referida a la prueba de testigo producida en otro expediente y no ofrecida por las partes en éste, que sirvió de fundamento a la decisión apelada, sostuvieron que resultaba improcedente el planteo. Entendieron que el agravio era contrario a sus actos propios, en la medida que a fs. 25vta. la impugnante había ofrecido dicho trámite judicial en el que se encontraba las declaraciones de testigos.

-- II --

Contra dicho pronunciamiento, la co-demandada Mónica Viviana Álvarez dedujo la apelación federal, que fue contestada por la contraria y concedida por

arbitrariedad en cuanto se habría omitido en la sentencia en crisis el tratamiento de cuestiones oportunamente planteadas (v. fs. 187/204, fs. 208/222, fs. 226/231)

- III -

En cuanto a los agravios deducidos y concedidos por el a quo opino, como lo ha expresado el Tribunal en diferentes oportunidades, que mas allá que el tema de fondo remite al examen de una cuestión de hecho y derecho común, la tacha de arbitrariedad resulta procedente cuando se han alegado supuestos que harían procedente la intervención del Alto Tribunal y la apertura del remedio excepcional por vía de la doctrina de arbitrariedad de sentencia; pues la garantía de defensa en juicio no sólo comprende la posibilidad de ofrecer y producir pruebas sino también la de obtener una sentencia que sea una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso (Fallos 330:1191, entre otros).

En efecto, resulta relevante en los presentes actuados la falta de tratamiento de la excepción de cosa juzgada interpuesta oportunamente (v. fs. 21/23) y asimismo la prescripción (v. fs. 26). Ambos planteos fueron desestimados a fs. 43, dando motivo al recurso que también fue rechazado (v. fs. 55/66 y fs. 67). Según expresa la recurrente realizó una presentación de hecho ante el Superior Tribunal local que también fue desestimada porque se trataban de planteos deducidos durante la tramitación del litigio, haciéndose saber que una vez resueltos en la decisión definitiva podrían ser llevados nuevamente por vía del recurso extraordinario local (v. fs. 130/vta y fs. 132vta.). Tal extremo fue el que cumplió la actora mediante la introducción del recurso de inaplicabilidad de ley a fin de que se tratase el planteo pendiente (v. fs. 133). Sin embargo, el Superior Tribunal se limitó a dar respuesta a la cuestión referida a la responsabilidad solidaria de la persona física con fundamento en la inoponibilidad de la persona jurídica, como se referenció en el primer párrafo de la presente, sin hacer mención a las excepciones opuestas.

En ese marco, la resolución en crisis no tomó en cuenta que existían razones de orden procesal previas, que habían sido invocadas oportunamente y no fueron

examinadas por los jueces del Superior Tribunal. Ello es así, en la medida que el a quo se limitó a dar respuestas a la cuestión de fondo, que si bien remite a temas de hecho, prueba y derecho común, omitió planteos oportunos, relevantes para la solución del litigio y que no fueron tratados en el fallo apelado.

- IV -

En mi opinión, las razones expuestas resultan suficientes para que el fallo en recurso sea dejado sin efecto y tornan innecesario el tratamiento de los restantes agravios. En virtud de ello, se propone el dictado de un nuevo pronunciamiento a fin de que, se estudie en plenitud las circunstancias de hecho y derecho debatidas y se traten las excepciones planteadas, sin que, obviamente, el señalamiento de la falta de fundamentación aludida importe abrir juicio alguno, en este estado, sobre cómo deberá dirimirse, en su aspecto sustancial, la cuestión debatida desde que ello implicaría inmiscuirse en una potestad exclusiva de las instancias competentes en tales materias, ajenas a la jurisdicción federal del artículo 14 de la ley 48.

Por tanto opino que V. E. debe dejar sin efecto la sentencia apelada y mandar a que se dicte una nueva ajustada a derecho.

Buenos Aires, 10 de mayo de 2012.-



MARTA A. BEIRÓ de GONÇALVEZ
PROLURADORA FISCAL ANTE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de Junio de 2013.

Vistos los autos: "Terrile, Analía Alicia c/ Del Águila S.R.L. y otros s/ incidente (ppal. 19.036/06) s/ inaplicabilidad de ley".

Considerando:

1º) Que los antecedentes del caso y las cuestiones propuestas han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyo relato corresponde remitirse por razones de brevedad.

2º) Que los agravios de la apelante suscitan cuestión federal bastante para su consideración por la vía intentada, pues aunque remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba, derecho procesal y común, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para la procedencia del recurso extraordinario cuando, como en el caso, lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

3º) Que la Cámara del Trabajo de San Carlos de Bariloche hizo lugar al reclamo indemnizatorio por despido contra la sociedad empleadora Del Águila S.R.L., pero rechazó la pretensión dirigida contra la socia Mónica Viviana Álvarez con sustento en que dicha co-demandada no revistió la condición de empleadora en los términos del art. 26 de la ley de contrato de trabajo. Disconforme, la accionante —sobre la base de lo dispuesto en los arts. 54 de la ley 19.951 y 1071 del Código Civil— dedujo incidente de extensión de responsabilidad contra aquella litisconsorte (fs. 10/12), que obtuvo favorable trato (fs. 117/123).

Con posterioridad, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, al desestimar el recurso de inaplicabilidad de ley, dejó firme dicho decisorio limitándose a dar respuesta a la cuestión referida a la responsabilidad solidaria de Álvarez, pero sin examinar la excepción de cosa juzgada que ella había opuesto (fs. 171/177).

4º) Que, como acertadamente lo señala la señora Procuradora Fiscal, el tratamiento de dicha defensa era necesario por cuanto fue introducida por la interesada en su recurso de inaplicabilidad de ley como pendiente de análisis (fs. 133). En efecto, el tribunal a quo omitió tomar en cuenta que existía dicho planteo previo, que había sido invocado oportunamente y de-

bía resolverse antes de examinar la cuestión de fondo, pues, de corroborarse los extremos apuntados por la co-demandada, podría resultar decisivo para la solución del litigio.

La omisión de examinar el planteo de cosa juzgada resulta relevante, máxime si se advierte que la primera demanda –rechazada– contra la aquí recurrente fue fundada en el art. 26 de la ley de contrato de trabajo y, según la doctrina expuesta por esta Corte, el cambio de argumentación jurídica no transforma a la nueva pretensión en una diferente, si ella se sustenta en las mismas circunstancias de hecho y persigue igual finalidad que el juicio anterior (Fallos: 328:3299).

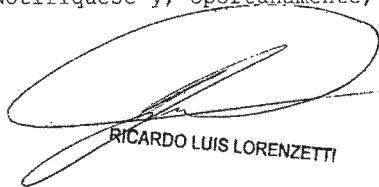
5º) Que, asimismo, no puede soslayarse que el respeto de la cosa juzgada constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aún por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia de orden público con jerarquía superior (Fallos: 317:161; 319:3241; entre muchos otros).

6º) Que, en función de lo expuesto, cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

7º) Que, en atención al resultado al que se arriba, deviene innecesario el tratamiento de los demás agravios expuestos por la recurrente.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, 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

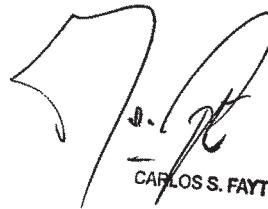
-//--autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.



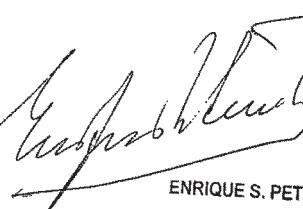
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



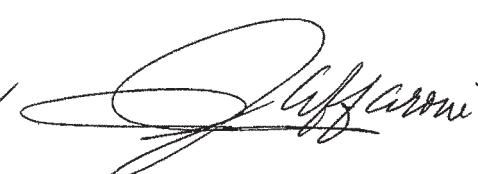
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por Mónica Viviana Álvarez, patrocinada por el Dr. Rodolfo L. Rodrigo.

Traslado contestado por Analía Alicia Terrile, representada por la Dra. Mery B. Calancha Jurado.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

Tribunal que intervino con anterioridad: Cámara del Trabajo de la III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

**DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE JUJUY C/
ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ACCIÓN DE AMPARO*****AUTO DE CONCESIÓN***

Si surge de autos que no se han notificado la sentencia recurrida por vía del recurso extraordinario, el traslado de los recursos deducidos por las demandadas y el auto de concesión de dichos remedios, corresponde dejar sin efecto el auto de concesión y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, antes de dictar uno nuevo, proceda a dar cumplimiento a los actos de comunicación procesal omitidos, pues la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso, en especial la del pronunciamiento final y la atinente al trámite previsto en el art. 257 del C.P.C.C.N, 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.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 824/829, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta declaró la falta de legitimación del Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy para entablar la acción de amparo y desestimó los recursos interpuestos por éste, por el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se había hecho lugar a la demanda y declarado la inconstitucionalidad del decreto 2067/08 y de sus normas complementarias.

Para así resolver, en lo que aquí interesa, los magistrados consideraron que el actor carecía de legitimación para cuestionar en juicio los actos de autoridades nacionales, toda vez que la ley local 5111 de creación del Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy previó entre sus atribuciones la de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente al incumplimiento de los cometidos a cargo de los funcionarios o agentes de la administración pública de carácter únicamente provincial o municipal (arts. 1º, 18 y 19).

No obstante ello, manifestaron que el proceso debía continuar debido a que existía la presentación de doce diputados del bloque de la Unión Cívica Radical de la Provincia de Jujuy (fs. 560/570), en carácter de afectados directos por ser usuarios del servicio y de la Unión de Empresarios de Jujuy (fs. 601/606), de cuyo estatuto surge la aptitud para representar a sus afiliados en la defensa de intereses

comunes.

En cuanto al fondo de la cuestión, remitieron a la sentencia que dictaron el 5 de mayo de 2010 en la causa “Ulloa, Álvaro (Defensor del Pueblo) y otros c/ Estado Nacional P.E.N. – Ente Nacional Regulador del Gas s/ Amparo” (Expte. 339/09), por la cual declararon la inconstitucionalidad del decreto 2067/08 y de las normas complementarias, en razón de haber sido dictados en violación a los mecanismos constitucionales establecidos para la creación e imposición de tributos.

– II –

Contra dicho pronunciamiento, tanto el Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy como GASNOR S.A., el ENARGAS y el Estado Nacional dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 848/878, fs. 890/906, fs. 919/939 y 940/958, respectivamente.

– III –

Es doctrina del Tribunal que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso —particularmente la sentencia (arts. 135, inc. 13 y 485 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y el traslado del recurso extraordinario federal que dispone el art. 257, segundo párrafo de dicho ordenamiento ritual— 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 de la causa (Fallos: 315:283 y sus citas).

En el *sub examine*, según se desprende de las constancias de los autos principales, la Cámara declaró la falta de legitimación del actor y tuvo por subsistente la acción respecto de los presentantes de fs. 560/570 y 601/606, aunque omitió notificar a estos últimos de la sentencia de fs. 824/829 —que les fue favorable— y dar cumplimiento, en forma previa y respecto de ellos, al traslado de los recursos extraordinarios interpuestos por los demandados que determina el art. 257 del Código del rito.

Por ello, entiendo que, con carácter previo a emitir dictamen, corresponde devolver los autos principales al tribunal de origen a fin de que se cumpla con la notificación de la sentencia de fs. 824/829 respecto de los mencionados y se

sustancie con ellos el trámite dispuesto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Buenos Aires, 10 de agosto de 2011.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *11 de junio de 2013.*

Autos y Vistos; Considerando:

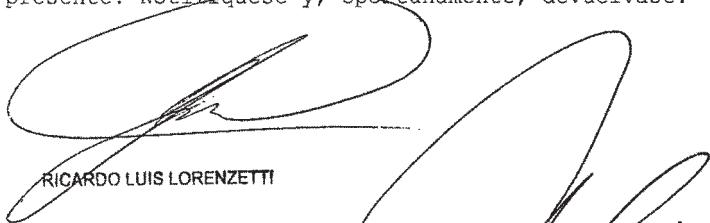
1º) Que de las constancias de autos se desprende que los presentantes de fs. 560/570 y 601/606 no han sido notificados de la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta a fs. 824/829, del traslado de los recursos extraordinarios deducidos por las demandadas a fs. 890/906, 919/939 y 940/958 y del auto de concesión de dichos remedios, obrante a fs. 1062/1063 vta.

2º) Que este Tribunal ha resuelto reiteradamente que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso, en especial la del pronunciamiento final y la atinente al trámite previsto en el art. 257 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; 319:978, 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).

3º) Que, en consecuencia, corresponde dejar sin efecto el auto de concesión y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, antes de dictar uno nuevo, proceda a dar cumplimiento a los actos de comunicación procesal omitidos.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, déjase sin efecto el pronunciamiento de fs. 1062/1063 vta., debiéndose remitir las actuaciones al tribunal

de origen a los fines expresados en el considerando tercero de la presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Recursos extraordinarios interpuestos por el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y el Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, codemandados en autos, representados por el Dr. Ignacio Martín Frezze Durand; por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy Víctor Galarza, con el patrocinio letrado de las Dras. Leonor Palomares y Rossina del Carmen Garrido Peña; y por Gasnor S.A., codemandada en autos, representada por el Dr. Fernando Zurrueta (h).

Traslados contestados por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy, Víctor Galarza, con el patrocinio letrado de la Dra. Leonor Palomares y por el Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, codemandados en autos, representado por el Dr. Ignacio Martín Frezze Durand.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Sala I Civil.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal de Primera Instancia nº 2 de Jujuy.

E., S. S/REINTEGRO DE HIJO

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

El proceso de restitución internacional no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (art. 16 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980).

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Al margen de que la progenitora recurrente no invocó el tema de los maltratos o de violencia familiar al contestar el pedido de restitución, el débil planteo efectuado por ella en sus presentaciones, sumado al carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del Convenio de La Haya de 1980, impiden tener por configurada la excepción del art. 13, inc. b del mismo, más aún si se tiene en cuenta que la progenitora ya ha invocado ante los tribunales holandeses alegaciones del mismo tenor y, frente a ello, tales jueces resolvieron la ampliación del régimen de contacto entre padre e hijo.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde confirmar la sentencia que ordenó la restitución del menor a la ciudad europea donde reside el padre y recomendar a ambos padres que sostengan a su hijo con el mayor de los equilibrios, evitando su exposición psicológica o mediática y exhortándolos a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva, así como también exhortar al tribunal de familia a cargo de la causa a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires admitió el pedido de restitución al Reino de los Países Bajos, formulado por el progenitor respecto de A.M., hijo menor de las partes.

Contra ese pronunciamiento, la madre demandada y el Ministerio Público Pupilar dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 325/332 y fs. 342/349, concedidos a fs. 368/369.

-II-

Las apelaciones resultan formalmente procedentes, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (a cuyo articulado me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario) y de la Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que la decisión impugnada es contraria al derecho que los recurrentes pretenden sustentar en los predichos instrumentos (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Consecuentemente, el análisis no se encuentra restringido a los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida, la íntima conexión de los aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, y la generalidad que exhibe el auto de concesión de fs. 368/369, tornan razonable una revisión integral del asunto traído a esta instancia.

-III-

Considero que el conflicto encuentra respuesta en los conceptos que esta Procuración y V.E. han venido sosteniendo en la materia, de modo que he de remitirme a los estándares interpretativos que de allí surgen, teniéndolos por reproducidos para aconsejar el rechazo del recurso interpuesto (v. esp. Fallos: 333:604, 334:913, 334:1287, 334:1445, S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo” del 22 de agosto de 2012, y sus citas).

Sin perjuicio de ello, corresponde sintetizar aquellas pautas que contribuirán al análisis de las circunstancias fácticas relevantes del caso:- (i) el contenido del derecho de custodia se determina a partir de la normativa del Estado de la residencia habitual al tiempo del traslado, y no desde el ordenamiento del país de refugio; (ii) esa necesaria ponderación del derecho foráneo, hace que el art. 14 habilite expresamente un acercamiento oficioso y directo a sus disposiciones, así como a las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales y administrativas extranjeras; (iii) la expresión convencional “derechos de custodia” no se ajusta a ninguna concepción particular de las leyes nacionales, sino que adquiere consistencia desde las definiciones, estructura y propósitos del Convenio; (iv) la mera coincidencia entre la denominación

que emplea el Convenio y los vocablos utilizados en los acuerdos de partes, sentencias o preceptos domésticos aplicables, no basta para otorgar a la custodia la dimensión exigida por la Conferencia de La Haya; (v) existe amplio consenso internacional respecto de que la prohibición dirigida al cuidador primario del niño de removerlo de la jurisdicción, sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal (cláusula *ne exeat*), cae dentro del dominio de la noción convencional “derechos de custodia”; (vi) según la “Guía de Buenas Prácticas en Contacto Transfronterizo concerniente a Niños”, la casuística jurisprudencial sustenta la visión de que el derecho al contacto, asociado con el voto frente al traslado del niño, constituye *custody rights* a los fines del Convenio; (vii) la ilicitud de la salida o la retención se determina coordinando el alcance jurídico de la custodia en el Estado de origen, con la directiva según la cual esa custodia, para ser tal en el sentido convencional, debe incluir no sólo las facultades atinentes al cuidado de la persona del niño sino –y en particular–, la de decidir dónde ha de vivir (arts. 3º, inc. “a”, y 5º, inc. “a”); (viii) las disposiciones del Convenio de 1980 han de interpretarse teniendo en cuenta su objetivo fundamental, cual es el restablecimiento del *statu quo ante*, mediante la rápida devolución del niño trasladado o retenido ilícitamente (art. 1º); (ix) la concurrencia de los supuestos de excepción, debe ser demostrada por el presunto captor; (x) las hipótesis de denegación poseen carácter excepcional, por ende, riguroso; (xi) las defensas articuladas por la parte demandada deben someterse a escrutinio estricto; (xii) si el trámite de restitución se inicia antes de cumplido el año desde el traslado o retención, la integración al medio no puede alegarse como excepción autónoma, ni excusa el cumplimiento urgente de la devolución, a menos que se compruebe alguna de las circunstancias eximientes explícitamente reguladas (art. 12, primera parte); (xiii) aun cuando el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...” (Fallos: 318:1269 [consid. 14]), el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito (cp. art. 3º de la ley N° 26.061 y art. 3º de su decreto reglamentario N° 415/2006); (xiv) admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio frente a la simple resistencia del sustractor a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada; (xv) la obligación de reintegro no supone una negación de los principios consagrados en la

Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que los Estados signatarios han interpretado que –en la singular emergencia de una sustracción internacional– el mejor interés del niño se identifica con la restitución; (xvi) el Convenio de 1980 tiene como premisa que el bienestar del infante, víctima del fraude, se alcanza volviendo al estado de cosas anterior al acto de turbación, de manera que preserva su mejor interés –proclamado como *prius jurídico* por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño–, mediante el cese de la vía de hecho; (xvii) el progreso de la demanda no implica una modificación de las titularidades jurídicas o del ejercicio de la guarda, sino sólo el reintegro a la jurisdicción competente, donde deberá resolverse en definitiva.

A la luz de estos principios, se examinará el presente caso.

-IV-

Los principales datos que deberían tenerse presentes para una mejor comprensión del problema, pueden sintetizarse como sigue: (i) el 28 de julio de 2005, la Sra. A.V.G. y el Sr. S.E. constituyeron una unión de hecho registrada, ante el Registro Civil de la ciudad de Amsterdam, Países Bajos (v. fs. 48); (ii) el hijo de las partes nació el 3 de mayo de 2006, en esa localidad (v. esp. fs. 91 y 229/230); (iii) el vínculo jurídico de la pareja se disolvió por sentencia del 4 de abril de 2007 (v. fs. 48/49); (iv) los jueces holandeses fijaron, a pedido del padre, un régimen de contacto provvisorio con supervisión, esquema que fueron ampliando –con pernocte, vacaciones otoñales y vacaciones de navidad– mediante sucesivas resoluciones provisionales y de fondo, dictadas entre los años 2007 y 2008 (v. esp. fs. 50/53, fs. 69 parág. 2.6., fs. 69 parág. 2.7., fs. 72 y fs. 85/87); (v) declararon también, en base al art. 253sa, Libro 1, del Código Civil holandés, que los padres tienen la patria potestad conjunta (fs. 52 parág. 4.1., y fs. 68 parág. 2.1.); (vi) condenaron asimismo a la Sra. G. a “...informar [al Sr. E.] por escrito o por correo electrónico...una vez al mes sobre cuestiones importantes en relación con la persona o el patrimonio del hijo de las partes y a consultar...[al Sr. E.] sobre las decisiones que se deban adoptar al respecto...” (v. fs. 53, parág. 5.2.); (vii) entre diciembre de 2008 y enero de 2009, la Sra. G. partió junto a A.M. con destino a la República Argentina (v. esp. fs. 17 y 328 vta., cap. 5.1, acáp. A); (viii) las partes están contestes en que el traslado no contó con la anuencia paterna, ni hubo aceptación posterior de la radicación en territorio nacional; (ix) la demanda restitutoria presentada

ante la Autoridad Central holandesa, lleva sello del 26 de enero de 2009 (v. fs. 7 *supra* y 19 *supra*), y se transmitió a su par argentina con fecha 10 de marzo de 2009 (v. fs. 3); (x) la Sr. G. consintió la práctica del estudio pericial encomendado por la Corte provincial a una profesional psicóloga integrante del Cuerpo Técnico Auxiliar respectivo, y participó activamente en su producción (v. fs. 260, 267 y vta., 270, 271/272, 275, 279 y vta., 287, 292 y vta., 293/294, 295, 298/300 y 304/306); (xi) también consintió la agregación de la copia del fallo fechado 24 de noviembre de 2010, pieza que –por lo demás– fue allegada por conducto de las respectivas Autoridades Centrales (v. fs. 215, 216/224 y 226); (xii) a su turno, el Ministerio Pupilar tampoco expresó ningún óbice en punto a la oportunidad de la agregación de dichos elementos al juicio, ni –en general– en cuanto a su contenido (v. fs. 265, 270, 277, 284 y 296).

-V-

De los antecedentes reseñados resulta en primer lugar que, antes de venir a la Argentina, la última residencia habitual de A.M. se situó en territorio de los Países Bajos, de manera que los alcances de la custodia deben determinarse necesariamente con referencia al derecho allí vigente, en el momento de la partida.

Como se vio en el punto III, el Convenio de 1980 no sólo lo dispone así, sino que flexibiliza la prueba del ordenamiento del país de origen (art. 14). De tal suerte, el agravio formulado a fs. 329 –en los términos del art. 13, primera parte, del Código Civil argentino–, en pos de invalidar la utilización del régimen jurídico extranjero, no puede prosperar.

En segundo lugar, en el marco del estatuto holandés y contrariamente a lo que sostiene la madre, al producirse el traslado el Sr. E. gozaba de derechos relevantes en sentido convencional, independientemente de la fecha en que éste obtuvo el permiso judicial supletorio para reconocer al niño.

En efecto, los magistrados neerlandeses se encargaron de explicar –aun antes de la sustracción–, que la patria potestad en cabeza de ambos padres es una consecuencia *de iure* de la unión registrada, según el art. 253sa, Libro 1, del Código Civil holandés (v. transcripción de fs. 35, recibida a través de la Autoridad Central del Reino, y acápite “v” del punto IV).

Sobre esa base, enfocada en los derechos propios de la responsabilidad parental, conviene subrayar aquí que la decisión de abandonar Holanda para asentarse

en otro país, se erige sin vacilación en una de las “cuestiones importantes” sometidas a la previa información y consulta paternas, impuestas claramente en la sentencia de fs. 53; con lo cual, el progenitor contaba con el derecho de contacto, asociado con la potestad de oponerse a la mudanza. Luego, le asistían atribuciones conducentes, puesto que en la lógica del Convenio, el concepto de custodia no alude exclusivamente a los aspectos materiales insitios en lo que conocemos como guarda o tenencia.

Como puede advertirse, aquella conclusión deriva de las constancias examinadas, que fueron cursadas por las Autoridades Centrales al iniciarse el procedimiento restitutorio, quedando de este modo sin sustento la crítica referida a que la calificación de ilicitud encuentra su único asidero en la sentencia dictada en Amsterdam el 24 de noviembre de 2010, que las recurrentes reputan incorporada irregularmente al juicio.

Por lo demás, tal como se señaló en el punto IV, acápitos “x” a “xii”, el pronunciamiento que ahora se intenta excluir de la consideración, se recibió en el proceso a fs. 215/224, sin que se objetara la oportunidad de la agregación. De ahí que la argumentación esgrimida recién en esta instancia, a partir del fallo adverso, no es sino el fruto de una reflexión tardía (*Fallos: 330:1491; 331:1730*, entre muchos otros).

En cualquier caso, la impugnación sobre el punto resulta dogmática, puesto que en el contexto convencional los jueces del país de refugio están autorizados “[p]ara determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del Artículo 3º...[a] tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya sean reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables” (art. 14; el subrayado me pertenece).

Por lo tanto, la Corte provincial estaba habilitada para hacer mérito de ese pronunciamiento tal como lo hizo, toda vez que no se trata de una sentencia atributiva posterior al desasimiento. Antes bien, ese fallo contiene un examen del precepto vigente al ocurrir el traslado, útil para interpretar adecuadamente los alcances de la legislación holandesa acerca del ejercicio de la patria potestad, en la hipótesis de una unión de hecho registrada y antes de producirse el emplazamiento filiatorio.

Ahora bien, en la referida resolución el juez neerlandés estimó que no era

necesario otorgar judicialmente la custodia compartida, puesto que A.M. nació estando en vigor una unión de hecho registrada. De tal forma, dijo, rige la custodia para ambos progenitores, por imperio del art. 253sa del libro 1 del Código Civil (v. fs. 215/224).

En este punto, la prerrogativa que allí se buscaba consagrar ya asistía al padre de pleno derecho –por el nacimiento en el marco de una unión registrada no disuelta–, sin que posteriormente se hubiese decretado su cesación (v. fs. 224, parág. 6.2.).

Así las cosas, entiendo que la Sra. G. no estaba facultada –en ninguna de las vertientes previstas por el art. 3 *in fine*– para fijar la residencia del hijo fuera del territorio holandés, sin la anuencia del progenitor. Por ende, la ilicitud a la que dicho precepto supedita la operatividad del dispositivo de restitución, ha quedado verificada.

-VI-

Por otro lado, el reclamo se implementó dentro del plazo de un año previsto por el art. 12; con lo cual, el análisis debe discurrir en el marco de la primera parte de dicho precepto, dejando de lado el arraigo del niño al nuevo medio, como causal autónoma de negativa. En ese orden, baste reiterar aquí que el extrañamiento que la comunidad internacional se ha propuesto combatir es el que produce la conducta inconsulta del sustractor, buscando “la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social”, hábitat este último que, en la especie, estaba situado indudablemente en los Países Bajos (punto VI, ap. i.- acápite (b) del dictamen emitido *in re* S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo” y su cita).

Igualmente inatendible es la invocación del art. 20, anudada al art. 206 de nuestro Código Civil, desde que la propia norma convencional que se trae en apoyo de la apelación, descarta este tipo de defensas. Precisamente, como lo recordó esta Procuración en el precedente de Fallos: 333:604, el texto de dicho artículo –inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales–, fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, para evitar que se frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado, mediante la introducción de una cláusula o reserva, por las que el Estado requerido pudiese oponerse a la restitución, fundado en los principios de su legislación en materia de derecho de familia.

-VII-

A su turno, la excepción de grave riesgo exhibe en el caso varias aristas, que merecen un estudio diferencial.

i.- En cuanto al delicado tema de la violencia familiar, observo que los tribunales holandeses recibieron alegaciones de ese tenor por parte de la aquí recurrente.

Sin embargo, fueron ampliando el contacto paterno-filial, para lo cual arguyeron que la entidad supervisora del régimen provisorio –elegida por la Sra. G.– calificó de positivo el vínculo con el pequeño, y opinó que las propuestas de la progenitora implicaban un estancamiento, así como que “...no ha observado nada que señale que [M.]... o la madre corran ningún riesgo para su seguridad...” (v. fs. 69, acáp. 2.5).

También tuvieron en cuenta que si bien, en un primer informe, la pediatra del Hospital de la Universidad Libre de Amsterdam (VUMC) aconsejó la suspensión del contacto mientras se investigaban las circunstancias relatadas por la Sra. G. respecto de un eventual abuso; más tarde aclaró no haber encontrado “...ninguna lesión física que indique malos tratos o abusos sexuales. Así pues, los malos tratos no pueden demostrarse ni excluirse. (...) Sí que existen componentes de conducta en [M]... que exigen una investigación más detallada. En la anamnesia muestra una conducta que se observa en los niños que han sufrido una experiencia traumática. No obstante, ésta no tiene por qué ser específicamente abusos/malos tratos. Me doy cuenta de que sólo he escuchado el relato de una parte. (...) La conclusión es que [M.]... sufre las consecuencias de la lucha entre sus padres...” (v. fs. 70 *supra*).

Consideraron, asimismo, que las acusaciones sobre conductas violentas en contra del Sr. E. no fueron fundamentadas en denuncias policiales u otro tipo de informes, como tampoco hubo aportes de médicos o terapeutas en cuanto al maltrato. La madre, apuntaron, ni siquiera acudió al médico de familia después del 26 de octubre de 2008, al constatar –según su versión– signos de un posible abuso sexual. Tampoco, dijeron, invocó ningún otro hecho o circunstancia de los que pueda inferirse que el régimen sin supervisión conlleve algún tipo de perjuicio para el niño (v. fs. 71).

En otro de los decisorios, juzgaron que el interés de A.M. y su desarrollo equilibrado aconsejan la construcción de una buena relación con su padre, y no hallaron ningún óbice para llevar adelante el régimen de contacto (fs. 86, penúltimo párrafo).

Esa mirada se refuerza con las intervenciones de las expertas del foro

platense quienes, si bien detectaron una situación traumática, no pudieron afirmar qué o quién es responsable de las dificultades emocionales de A.M. Agregaron que la vuelta a Holanda no representa un riesgo en sí misma, sino que su potencialidad dañosa dependería del sentido traumático o no que la madre le otorgue (v. fs. 121/122, 135/136 y 138 vta.).

Significativamente, la evaluación de la perito oficial designada por la Corte provincial –que, como se vio, pretende anularse extemporáneamente– da cuenta de que en ningún momento emergen sentimientos de rechazo o temor asociados al padre. Es conteste con sus pares en que la vuelta no implica riesgo grave y en que el papel de la madre tiene, en este plano, una importancia crucial (v. fs. 273/274, 293/294 y 304/305).

La Sra. G. ataca esas conclusiones, pero no logra refutarlas porque ni siquiera la aislada contraindicación al retorno de la médica del Hospital pediátrico interzonal, contiene un diagnóstico de maltrato, ni aclara los motivos técnicos que conferirían verosimilitud al relato materno.

Por otro lado, la progenitora ha reservado para sí cualquier explicación tendiente a contextualizar sus graves imputaciones –que no fueron mencionadas al contestar el traslado de la demanda–, limitándose a enunciarlas genéricamente sin detallar la secuencia que enlazaría los sucesos del proceso violento. Las aleatorias alusiones que exhibe el expediente sobre el uso de sustancias y alcohol, tienen también una notable imprecisión, y no parecen haberse planteado siquiera ante los tribunales holandeses.

Esta Procuración General asume activamente la perspectiva de género y las soluciones específicas que reclama el fenómeno de la violencia familiar. Por ende, no minimiza la importancia de las realidades vinculadas, ni el rol que le concierne a las instituciones en ese campo.

Sin embargo, ante la endeblez de la denuncia y al consejo experto mayoritario, entiendo que las autoridades argentinas no cuentan en autos con margen discrecional para denegar la solicitud de restitución.

ii.- El Sr. Defensor Oficial ante esa Corte vuelca en su dictamen la entrevista que sostuvo con A.M., diciendo que “... es un niño de seis años de edad, que se presenta colaborador, a gusto en su residencia y contenido por su madre y la familia

extensa de ella. Asiste a 1er. Grado, y no presenta dificultades en el aprendizaje ni en su relación con sus pares... De su anterior residencia, sabe que cuando era más pequeño vivió en Holanda porque su madre se lo contó, pero no tiene registros en su memoria. Durante la entrevista no expresó recuerdos de su padre como así tampoco manifestó deseos de verlo. Es de destacar que en virtud de la sentencia de la Suprema Corte, la madre se vio compelida a informar al menor respecto de su situación y las posibilidades de mudar su residencia a Holanda, frente a lo cual se mostró angustiado y preocupado por el temor de perder sus lazos afectivos, dejar su colegio y sus amigos..." (v. fs. 382 penúltimo párrafo).

La descripción transcripta no hace sino reafirmar la visión expuesta en el acápite anterior, en tanto no devela ni una actitud interna auténticamente intransigente, ni una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura que supone el retorno, por lo cual no satisface los estándares elaborados por V.E. para el juzgamiento de esos aspectos del problema. Por otra parte, ya hemos adelantado que la adaptación al nuevo medio, no justifica *per se* el rechazo de la demanda.

iii.- Otro capítulo vinculado con la excepción de grave riesgo, es la negativa de la demandada –expresada recién a fs. 149, y reiterada a fs. 299 y vta.– en cuanto a volver con su hijo a los Países Bajos.

Al respecto cabe decir, ante todo, que esa postura debe evaluarse con un enfoque taxativo (punto III, acápite “xiv”; v. citas de INCADAT referidas en el dictamen publicado en Fallos: 334:1445 [punto VIII]).

En segundo lugar, resulta determinante tener presente que en este proceso no se persigue alterar la guarda que viene ejerciendo la madre, de manera que en la actualidad no existen óbices jurídicos para que, al regresar, A.M. siga en compañía de su progenitora.

En ese marco, la Sra. G. no ha invocado siquiera –y por ende, no ha probado– hallarse inhabilitada para reingresar a territorio holandés. No ha demostrado la imposibilidad de convivir con su hijo –de esa nacionalidad–, en un país que los cobijó por elección propia, y que ella abandonó no por dificultades del entorno, sino porque sentía que el actor no la “dejaba tranquila” (v. fs. 154, penúltimo párrafo). Allí la demandada, quien posee doble nacionalidad, hizo sus prácticas de formación en Servicio Social, recibió auxilio institucional e, incluso, accedió a una vivienda al egresar

del albergue donde permaneció luego de la separación (v. esp. 68, acáp. 2.2., fs. 71, acáp. 4.2., fs. 154, fs. 222, parág. 2.4., fs. 233 y fs. 397).

En tales condiciones, atendiendo asimismo a lo débil del planteo en punto a la concurrencia de un proceso de violencia familiar, carecemos de elementos que permitan tener por configurada –a partir de esa negativa infundada– la excepción del art. 13, inc. b), con los contornos rigurosos que emanan de la doctrina de esa Corte.

iv.- En definitiva, desde la perspectiva que marcan las pautas interpretativas delineadas por V.E. (v. esp. dictamen de Fallos: 333:604 y sus citas), estimo que el riesgo de connotaciones estrictas al que se refiere el Convenio de 1980 no está presente en el caso, donde el niño debería regresar al país en que nació –incluso bajo la guarda de su madre–, en un escenario donde el conflicto tiene seguimiento jurisdiccional desde el año 2007.

-VIII-

Como ya lo ha dicho esta Procuración, la ponderación de cuál de los padres es más adecuado para ejercer la tenencia resulta ajena a la apreciación de las autoridades argentinas, desde que no se trata de juzgar los méritos de la guarda, sino de regresar a A.M. –en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional– al lugar que operó como su centro de vida.

Así las cosas, dado que la alegación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución (v. esp. Fallos: 318:1269, considerando 18º), opino que los jueces argentinos no cuentan con elementos denegar el pedido de autos, en base a lo dispuesto por el art. 13.

Es que los Estados partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias estrictamente particulares, no deberían abdicar de esa responsabilidad contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores.

También creo importante sumarme a la preocupación que V.E. y este Ministerio Fiscal vienen expresando en este campo, haciendo extensiva al caso la recomendación de que ambos padres sostengan a su hijo con el mayor de los equilibrios, eviten su exposición psicológica o mediática, y den pronto cumplimiento a la restitución con una actitud ponderada de acompañamiento.

En esa misma línea, aun cuando –repito– las alusiones a supuestas

dificultades en el terreno de la violencia doméstica carecen, en estos autos, de idoneidad para configurar una causal de exención, considero que la Autoridad Central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectarios, de seguimiento y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el regreso como el proceso de readaptación en territorio holandés, transcurran –en lo posible, con la presencia de su madre– del modo más respetuoso a la condición personal de A.M. y a la especial vulnerabilidad que deviene de la etapa vital por la que atraviesa (Fallos: 334:1287 [considerandos 7º a 9º] y 334:1445 [considerandos 3º]; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012 [considerandos 3º a 5º]); y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, “H.C., A. c/M.A., J.A. s/restitución internacional de menor s/oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013 [considerandos 20º y 21º]).

Propongo también que el texto de la sentencia a dictarse se ponga en conocimiento de la Autoridad Central, de la forma que esa Corte entendiere adecuada, con miras a una inmediata comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

-IX-

Finalmente, en cuanto a la audiencia del niño, no puedo sino retomar los conceptos en los que se apoya el dictamen emitido *in re* S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo” (punto VI, ap. i.- acápite “a”).

Sobre esa base, teniendo en cuenta la corta edad de A.M., que el pequeño ya fue entrevistado por distintos profesionales y por los tribunales provinciales, así como que el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte, dialogó recientemente con él (v. fs. 382), creo que la posibilidad de una escucha directa debería evaluarse con suma prudencia, para evitar repercusiones adversas.

De cualquier manera, si V.E. lo estimare necesario, previo a todo podría disponer que aquel sea nuevamente oído, en punto a su mejor interés.

-X-

Por lo expuesto, opino que los recursos extraordinarios deben rechazarse.

Buenos Aires, 23 de abril de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de Junio de 2013.

Vistos los autos: "E., S. s/ reintegro de hijo".

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, al hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por S.E., revocó el fallo del tribunal de familia y ordenó la restitución del menor A.M.G. a la ciudad de Amsterdam, Holanda, A.V.G. por sí y en representación de su hijo, y la titular de la Asesoría de Incapaces nº 4 del Departamento Judicial de La Plata, interpusieron sendos remedios federales que fueron concedidos a fs. 368/369.

2º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse por razones de brevedad.

Que sin perjuicio de lo expresado en el citado dictamen sobre el tema, en lo que respecta a la excepción que contempla el grave riesgo y a los argumentos invocados en particular por la progenitora para sustentar su configuración en el presente caso -algunos de ellos reiterados en la presentación de los Amigos del Tribunal efectuada a fs. 512/521-, esta Corte estima conveniente distinguir con claridad dos órdenes de consideracio-

nes: por un lado, la conveniencia de que la titularidad de la guarda del niño recaiga en la madre o en el padre, tema que resulta ajeno a esta instancia; y por el otro, la procedencia de la restitución, que es el único debate al que se encuentran autorizadas las autoridades del país requerido.

3º) Que, en relación con dichas consideraciones, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de afirmar que el proceso de restitución internacional no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 de la Convención de La Haya 1980 y Fallos: 328:4511 y 333:604 y causa H.102.XLVIII "H.C., A. c/ M.A., J.A.", sentencia del 21 de febrero de 2013).

Asimismo, cabe reiterar que la decisión de restituir a A.M.G. a su lugar de residencia habitual con anterioridad al desplazamiento, poniendo de ese modo fin a una situación irregular, no implica resolver que el niño deberá retornar para convivir con su progenitor, ni supone quitarle la guarda a la madre, como sostiene en su dictamen la señora Procuradora Fiscal subrogante. La influencia que el comportamiento en el que pudiese haber incurrido el padre vaya a tener respecto de la custodia o guarda del niño, hace al mérito que es posible atribuir al progenitor para ejercer dicha guarda, lo que como ya se ha señalado, no es materia de este proceso sino referida a las autoridades competentes del Estado de residencia habitual en donde deberá investigarse la cuestión (conf. arg. causa H.102.XLVIII "H.C., A. c/ M.A., J.A.", sentencia del 21 de febrero de 2013).

4º) Que, por otro lado, en lo que hace a la excepción

contemplada por el art. 13, inc. b, del CH 1980, al margen de que la progenitora recurrente no invocó el tema de los maltratos o de violencia familiar al contestar el pedido de restitución, el débil planteo efectuado por aquélla en sus presentaciones –examinado en el punto VII.i del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante– sumado al carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980, impiden tener por configurada la citada excepción; más aún si se tiene en cuenta que la progenitora ya ha invocado ante los tribunales holandeses alegaciones del tenor de las mencionadas y, frente a ello, tales jueces resolvieron la ampliación del régimen de contacto entre padre e hijo (conf. fs. 68/72).

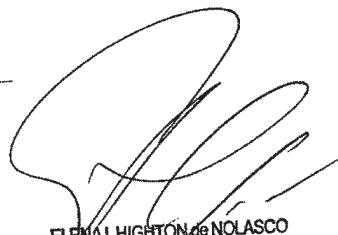
5º) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño –que debe primar en este tipo de procesos– y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, este Tribunal entiende que además de la recomendación efectuada en el 4º párrafo del punto VIII del dictamen, corresponde exhortar a los padres de A.M.G. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello, oído el señor Defensor Oficial ante esta Corte y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios deducidos y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los progenitores del menor en los términos del 4º párrafo del punto VIII del dictamen y del considerando 6º de la presente decisión. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en

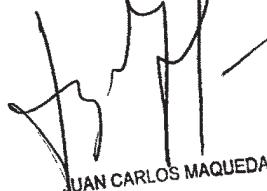
condiciones que minimicen los eventuales riesgos. Notifíquese, comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina, a los efectos de que actúe de conformidad con lo expresado en el 5º párrafo del punto VIII del citado dictamen. Devuélvase.



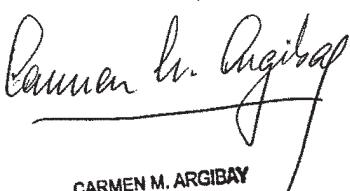
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTÓN de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Recursos extraordinarios interpuestos por A.V.G., por derecho propio y en representación de A.M.G., representados por el Dr. Jorge Horacio Santi, y por Griselda Margarita Gutiérrez, titular de la Asesoría de Incapaces nº 4 del Departamento Judicial de La Plata.

Traslado contestado por Juan Santiago Bo, Defensor Titular de la Unidad Funcional de Defensa Civil nº 2 de La Plata, en representación de S.E.

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal de Familia nº 1 de La Plata.

DICTAMEN DEL DEFENSOR OFICIAL

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

JULIÁN HORACIO LANGEVIN, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay 1855, 1º piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 376vta.

I.- En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley me corresponde (cf. arts. 59 del Código Civil y 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946) respecto del menor A.M.G., nacido el 3 de mayo de 2006, en la ciudad de Ámsterdam, Reino de

Holanda (cf. fs. 229).

II.- En tal carácter, paso a expedirme con relación a los recursos extraordinarios interpuestos por la Sra. A.V.G. y por la Asesora de Incapaces que fueran concedidos a fs. 368/369vta., oportunamente planteados a fs. 325/332vta. y 342/349 respectivamente, contra la sentencia dictada el 18 de abril de 2012 por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (fs. 308/314vta).

Por medio de tal pronunciamiento el Tribunal resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el requirente; revocar la decisión de fs. 174/181vta., y en consecuencia, ordenó la restitución del menor A.M.G a la Ciudad de Ámsterdam, Reino de Holanda.

III.- En cuanto a la procedencia formal de los recursos extraordinarios, entiendo que en el *sub lite* se encuentra en juego el alcance e interpretación de normas de raigambre constitucional, y el decisorio impugnado ha sido contrario a las pretensiones que las recurrentes fundaran en ellas (cf. art. 14, inc. 3º, de la ley 48; Fallos: 323:3804; 324:1648, 2193, entre otros y Fallos: 326:2906).

Por ello, considero que los remedios federales deducidos han sido correctamente concedidos.

IV.- En cuanto al fondo de la cuestión, en primer lugar me referiré a los hechos en que se funda la presente acción.

El 15 de mayo de 2009, se iniciaron las actuaciones con la presentación (fs. 1/100vta.) del Dr. Bo, en representación del Sr. S.E. con el objeto de reclamar, en los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 1980 (en adelante CH1980) la restitución del menor A.M.G a su país de origen –Holanda- y así también, que le sea otorgada la tenencia del niño al progenitor.

Del relato de los hechos efectuados en la presentación de inicio, se desprende que los padres de mi defendido iniciaron una relación sentimental en julio del 2004 en la Ciudad de Ámsterdam y el 3 de mayo de 2006 nació A.M.G. en esa ciudad.

Refiere, que a partir de la separación y del nacimiento del hijo, se vio compelido a solicitar la intervención de los Tribunales de Ámsterdam con el objeto de lograr un régimen de visitas que le permitiera lograr un fluido contacto con aquel. En función de ello, al Sr. S.E. se le fijó judicialmente un régimen de visitas.

En esta situación conflictiva la Sra. A.V.G. se trasladó, con el menor a la República Argentina. La partida se habría producido entre el 4 de diciembre de 2008 y el 14 de enero de 2009.

A partir de ese momento el progenitor inició una intensa búsqueda de su hijo, por lo que solicitó la intervención de Interpol. Finalmente, personas conocidas del Sr. S.E, con residencia en Argentina, le informaron que A.M.G. y su madre se encontraban viviendo en la localidad de Berisso, Pcia. de Buenos Aires, en la casa de la abuela materna. Domicilio en el que reside actualmente.

Con fecha 4 de junio de 2009 (fs. 111) las partes fueron invitadas a arribar a una conciliación, lo que no fue posible.

A fs. 114/116 la Sra. A.V.G. contestó el traslado respecto del pedido del Sr. S.E. Negó la totalidad de la documentación acompañada por no reunir los recaudos de legalidad exigidos por la Convención de la Haya sobre legalizaciones, ni estar traducidos por traductor público matriculado. Indicó que salió de Holanda con su hijo a través de los controles migratorios correspondientes y que ella tenía la guarda y custodia de su hijo menor. Alegó que se encontraba configurada la excepción prevista en el art. 13 inc. a del C.H. y por lo tanto solicitó se rechace la restitución incoada.

A fs. 121/122 obra el informe psicológico de A.M.G, en el que se concluye que en el menor “...se observa cierto bloqueo en el área emocional, su desconfianza, falta de espontaneidad en el juego, extremo apego a la madre, lo que hace pensar que algo del orden de lo traumático está operando, ya sea una vivencia propia o transmitida.” “(...). Para mayor abundamiento este Tribunal podría recurrir a la profesional que, conforme el relato de la Sra. [G], estaría asistiendo a su hijo en el Hospital de Niños de esa ciudad: Dra. Bracco”.

A fs. 124/126 contestó el traslado la Asesora de Incapaces, sostuvo entre otras cuestiones, que la nacionalidad del menor debía considerarse argentina, en atención a que solo los hijos de los padres holandeses adquieren esa nacionalidad, si son padres extranjeros se rigen, en Holanda por el *ius sanguinis*. También sostuvo que el niño no había sido reconocido legalmente por el padre hasta esa fecha, ni se habían acreditado cuáles eran los impedimentos para tal omisión, vulnerando el derecho a la identidad del niño (art. 7 y 8 de la CDN). Explicó que resulta de aplicación el derecho patrio por ser la nacionalidad de origen de la Sra. A.V.G., y por lo tanto el art. 264 inc. 4 del Código Civil argentino indica que en el caso de hijos extra matrimoniales reconocidos por uno de los padres, la patria potestad la ejerce quien lo hubiere reconocido.

Finalmente, sostuvo que no resultaba posible considerar ilícito el traslado del menor a la Argentina por no darse los requisitos previstos en el art. 3 CH1980, toda vez que el art. 5 del mismo Convenio explica que el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia habitual.

A fs. 153/154vta. obra el informe socioambiental realizado en el domicilio en el que reside A.M.G., de allí surge que al ser entrevistada la Sra. A.V.G. expresó que durante la

convivencia con el Sr. S.E. fue víctima de violencia familiar y que como consecuencia de ello, estuvo viviendo en un refugio para madres solteras, en que permaneció alrededor de dos años. Asimismo manifestó que al dejar de vivir en el refugio, el Sr. S.E. habría ubicado su domicilio, y comenzó a hostigarla nuevamente. Por todo ello, se vio compelida a retornar a la Argentina.

En lo que hace al objeto específico del informe, éste destaca que el menor concurre al jardín de infantes, que durante la entrevista se presentó sereno, y se entretevió con juegos acordes a su edad.

Con fecha 26 de octubre de 2009, la Dra. Anahí Bracco, especialista en psiquiatría Infanto-Juvenil del Hospital de Niños de La Plata, presentó un informe en el que refirió que el menor concurrió a la consulta del Servicio de Salud Mental junto a su madre el 16 de febrero de 2009, a raíz de la preocupación que afectaba a la Sra. A.V.G. por las eventuales consecuencias psicológicas que pudiera padecer el niño a causa del maltrato recibido por parte de su padre, atento a que sospechaba un posible abuso físico.

La profesional, recomendó en cuanto a la relación materno-filial, que: *"Este vínculo primario no debe modificarse bajo ninguna circunstancia, teniendo en cuenta lo vivido por el niño y su madre, así como el círculo de afectos que rodea a ambos". (...) "Mostró desde el inicio contar con excelente adaptación a su nueva situación de vida, iniciando el Jardín de Infantes sin mayores dificultades y con buena interacción con la docente y sus pares, corroborado esto con informe escolar."*

En definitiva destacó que *"... desde el punto de vista psicológico el menor se encuentra dentro de parámetros normales, con mecanismos adaptativos adecuados, con fuertes vínculos afectivos primarios y secundarios (familiares de la madre, primos y sus hijos) que residen en el barrio y operan de contención y entorno social sano, proveyendo al niño de un marco reparatorio y estabilizador necesarios para su crecimiento y desarrollo de sus potencialidades."* Por todo ello, indicó *"...la permanencia de A.M.G. en su actual medio familiar, escolar y social a fin de evitar consecuencias posteriores en su salud psíquica"* (fs. 169/170).

A fs. 174/181vta. con fecha 23 de diciembre de 2009, el Tribunal de Familia de Instancia Unica N° 1 de La Plata resolvió rechazar el pedido de restitución internacional de A.M.G. solicitada por S.E. Para así decidir sostuvo que el traslado de A.M.G. no fue ilícito, en atención a que quien ejercía el derecho de custodia del menor en forma exclusiva, era la madre (conforme arts. 3 en función del 5 CH1980).

Asimismo, luego de analizar las constancias de la causa y los informes periciales (psicológicos y socioambientales) destacó, que en el caso se configura el supuesto de excepción previsto en el art. 13.b CH1980, por el riesgo que implicaría una modificación del centro de vida para el menor.

Asimismo, luego de analizar las constancias de la causa y los informes periciales (psicológicos y socioambientales) destacó, que en el caso se configura el supuesto de excepción previsto en el art. 13.b CH1980, por el riesgo que implicaría una modificación del centro de vida para el menor.

En definitiva argumentó que quedó demostrado que el reclamo no se ajusta a derecho (conforme arts. 3 y 5 CH1980) puesto que estamos en presencia de un caso donde el progenitor requirente no tiene ni tenía la custodia del menor, condición de procedencia para solicitar la restitución, configurándose, de ese modo la excepción del art. 13 a) CH1980.

Dicho decisorio fue recurrido por el Sr. S.E. (fs. 194/200vta. y fs. 201).

A su turno, a fs. 206/208vta. el Fiscal General ante la Suprema Corte de Justicia opinó que correspondía confirmar la sentencia de grado.

A fs. 211vta./213 y fs. 229 el Sr. S.E. acompañó la resolución de fecha 24 de noviembre de 2010 dictada por el Tribunal de Ámsterdam, mediante la cual se le concedió autorización para reconocer al menor de autos, y la pertinente partida de nacimiento del menor, expedida con fecha 24 de marzo de 2011.

Una vez elevadas las actuaciones a la Suprema Corte, con fecha 6 de julio de 2011, se mantuvo una audiencia personal con el niño (ver fs. 270) con la presencia de un perito psicólogo, quien elaboró un informe actualizado sobre el estado del menor (ver fs. 273/274).

Del informe aludido, surge que el pequeño reconoce en su madre contención y confianza, denotando apego, también menciona como otra figura de importancia subjetiva para él, a su tío materno; sin embargo al momento de la evaluación el niño no menciona ni enumera recuerdos vinculados a su progenitor. La profesional concluye que A.M.G. presenta características generales acordes a la etapa evolutiva que atraviesa. Manifiesta una relación primaria con su progenitora con tendencia al contacto afectivo, manifestando rechazo frente a la proximidad física. No obstante esto, puede relacionarse sin dificultad y acceder a situaciones nuevas. El niño despliega motivaciones, intereses y acciones, acordes a su tiempo subjetivo.

A fs. 293/294vta. y 304/305 obran ampliaciones de la pericia psicológica, con el objeto de determinar si podría existir "grave riesgo" de procederse a la restitución del menor de autos. Concluyéndose "...que por la edad de A.M.G., la relación con la madre, la vida social que lleva desde hace años en la Argentina y teniendo en cuenta que como telón de fondo hasta ahora, ha operado solo el discurso materno y su familia, el eventual viaje podría producir situaciones estresantes...".

A fs. 308/314 obra la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, revocar el

pronunciamiento de fs. 174/181vta. y, en consecuencia ordenar la restitución del menor A.M.G. a la ciudad de Ámsterdam, Holanda.

Para así decidir, tachó de ilícito el traslado del menor efectuado por su madre. Ello en virtud de lo normado por el art. 253sa del Libro 1, párrafo 1 del Código Civil Holandés, en cuanto establece el ejercicio conjunto de la patria potestad de ambos progenitores cuando se trata de una pareja de hecho registrada. Asimismo rechazó las excepciones previstas en los arts. 13 y 20 del CH1980, por no haberse demostrado la existencia del grave riesgo que podría generarle al menor la restitución.

Contra dicha sentencia la demandada y la asesora de menores, presentaron sendos recursos extraordinarios (fs. 325/332vta. y 342/349). Los que fueron concedidos y motivaron la elevación ante esa Corte y la presente vista.

V.- Luego de haber circunscripto los hechos en que se funda esta causa, me avocaré específicamente a la cuestión traída a estudio.

Les causa gravamen centralmente a las quejas, que el Superior Tribunal de la causa, para decidir del modo en que lo hizo valoró prueba incorporada por la contraparte en la instancia recursiva ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en franca violación a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa en juicio; asimismo efectuó una arbitraria aplicación del derecho vigente, que no se condice con las circunstancias comprobadas de la causa, y todo ello condujo al *a quo*, como se demostrará, a una errada interpretación del interés superior del niño involucrado.

Desde ya adelanto que adhiero en un todo a los agravios invocados a fojas 325/332vta. y 342/349, por considerar que se encuentran debidamente resguardados los intereses de mi defendido.

No obstante ello, me permito señalar que en cuanto a la ilicitud del traslado - tal como lo ha catalogado la sentencia puesta en crisis- el niño y su madre ingresaron a nuestro país en el mes de diciembre de 2008, provenientes de la ciudad de Ámsterdam, Holanda, sin inconvenientes, pues pasaron los controles migratorios sin necesidad de exhibir autorización paterna alguna, en tanto que ni de la documentación de viaje ni de la partida de nacimiento surgió la existencia de una filiación paterna, que hiciera exigible tal requisito.

Sin embargo contra ello, la Suprema Corte provincial argumentó que, a su entender el régimen de visitas concedido a favor del Sr. S.E., le otorgaba una autoridad compartida a los fines de determinar el lugar de residencia del niño -*ne exeat*- (conf. fs. 310/vta.).

Al respecto yerra el *a quo*, pues dicho régimen no podía otorgarle tal facultad en

tanto fue fijado cuando aún el Sr. E. no había efectuado el debido reconocimiento filial. Por lo tanto, podría decirse que fue otorgado en base a la existencia de un interés legítimo, pero no de un vínculo paterno debidamente acreditado.

De allí que el requirente no pudiera oponerse ni consentir la modificación de la residencia del niño con su madre, ya que era ésta la que ejercía en forma exclusiva la custodia del menor (art. 13 inc. a CH1980). Tal es así, que el acta de nacimiento con el reconocimiento de filiación paterna fue expedida recién con fecha 24 de marzo de 2011 (fs. 229), esto es, a dos años de que el niño hubiera ingresado al territorio argentino junto con su madre.

Es por ello, que el traslado no puede calificarse de ilícito, e incluso podría hasta cuestionarse la legitimación activa del actor para promover una orden de restitución internacional en la oportunidad en que lo hizo, y en base a ello, la aplicabilidad del Convenio.

Tal como se ha venido delineando en el caso puntual de mi defendido, ha sido su progenitora quien ejerció el cuidado ininterrumpido del niño, cuestión fáctica que el actor consintió durante un período prolongado, tal es así que en la documentación que se acompaña obra una constatación policial de que la Sra. A.M.G., cuando cursaba el sexto mes de embarazo, fue obligada por el Sr. S.E. a retirarse de su hogar junto con todas sus pertenencias y debió ser acogida en un refugio para mujeres maltratadas, donde vivió hasta un tiempo después de nacido el niño. Tras el nacimiento del niño, ni siquiera se ocupó de efectuar el reconocimiento paterno y su debida inscripción registral, ni de cumplir con su obligación alimentaria.

La jurisprudencia comparada, ha afirmado que un derecho a la tenencia y cuidado por términos interrumpidos de un menor se puede considerar como un derecho de custodia (v. Gross v. Boda [1995] 1 NZLR 569 [Cita INCADAT: HC/E/NZ 66]; Dellabarpa v. Christie [1999] 2 NZLR 548 [Cita INCADAT: HC/E/NZ 295] y Anderson v. Paterson [2002] NZFLR 641 [Cita INCADAT: HC/E/NZ 471]). Y, en el caso que nos ocupa, es claro que ese derecho estaba en cabeza de la madre.

En esta línea de pensamiento, cabe asimismo argumentar que recién a partir del reconocimiento paterno plasmado en el acta de nacimiento -expedida el 24 de marzo de 2011-, en el mejor de los casos, el actor podría haber invocado la configuración de una retención ilícita, la que tampoco hubiera prosperado por efecto del transcurso del tiempo (art. 12 CH1980), ya que a esa fecha el menor llevaba residiendo en la Provincia de Buenos Aires dos años y tres meses, período que le imprimió una noción de permanencia a la “nueva” residencia habitual, que se mantiene hasta la actualidad.

Sin perjuicio de ello debo señalar que tras haber entrevistado el día 12 de octubre del corriente año al niño interesado en esta causa, corresponde despejar algunos interrogantes que se

plantean en el *sub lite*, para poder determinar, cuál es a esta altura la solución más contemplativa del interés superior que me corresponde tutelar, teniendo en cuenta que es doctrina de esa Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865).

Pues, como lo tiene dicho V.E., el interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (cf. Fallos: 330:642).

En el *sub lite* serían, entre otras: 1- las circunstancias fácticas que rodean su ingreso al país (falta de reconocimiento paterno que habilitó sin obstáculos el traslado del menor con la madre, los antecedentes de violencia sobre aquella vividos durante el embarazo, la ausencia de convivencia previa entre el requirente y mi asistido, y las sospechas de abuso sobre el menor), 2- el tiempo transcurrido desde que el niño se encuentra residiendo en el país requerido, 3.- la modificación de la residencia habitual y configuración de un nuevo centro de vida , y 4- la voluntad del niño, con madurez suficiente para manifestarse.

Así cabe preguntarse, respecto de la postura tomada por la Suprema Corte que decidió modificar el criterio del Tribunal de Familia y ordenó la restitución de mi defendido, cuáles fueron las circunstancias que evaluó para alcanzar esa decisión. Particularmente, si en relación a la urgencia que estas cuestiones requieren para garantizar un retorno inmediato, conforme art. 11 del CH 1980, tuvo en cuenta el tiempo transcurrido, y cómo éste incidió en la vida del niño (configuración de un nuevo centro de vida y residencia habitual). **En síntesis: ¿Qué factores evaluó para encontrar esta decisión como la más beneficiosa para este niño, en base a la realidad que lo circunda?**

Tales circunstancias no pueden dejar de analizarse cuando se resuelve un pedido de restitución, ya que la **cooperación internacional que se exige del Estado Argentino** es la de **contribuir a restablecer en forma inmediata la situación existente con anterioridad al traslado o sustracción**, en un claro beneficio del interés del niño, que se presume que fue alejado ilícitamente de quien tenía su custodia. Es decir, que la urgencia se ha transformado en un estándar internacional.

De allí que el CH1980, establezca que si la cuestión no se ha resuelto dentro de las seis semanas –como ocurre en el presente caso-, podrá exigirse al tribunal que explique las razones de esa demora. Sin embargo en el *sub lite*, ni el requirente ni la autoridad central procuraron instar la pronta resolución de la cuestión en el plazo razonable, en franca violación de los arts. 14.3. c) PIDCYP, 8.1 CADH, y 2 y 11 CH1980, todo ello en detrimento del pequeño involucrado.

Ello es así a poco que se advierta que en el *sub examen* las actuaciones fueron iniciadas en mayo de 2009 y, hasta la actualidad, habiendo transcurrido más de tres años, no se ha resuelto definitivamente la cuestión relativa a la residencia del menor.

La demora marcada no hace más que desdibujar la noción de inmediatez que el cumplimiento del Convenio en cuestión exige, y por ende, conduce a reflexionar respecto de la pérdida de virtualidad del mismo en este caso.

Ello demuestra que, **no siempre puede afirmarse que el interés superior del niño coincida con ordenar una restitución, de allí la necesidad de efectuar previo a decidir, un minucioso análisis, contemplando todas las circunstancias y obviamente, sin ignorar la interpretación restrictiva que se exige de las excepciones previstas en el artículo 13 CH1980, pero sin permitir que terminen convirtiéndose en una trampa legal para éste niño.**

Por otra parte, también es dable señalar, sin desconocer lo normado por el art. 16 del CH1980, que frente a la existencia de casos con ciertas particularidades fácticas, resulta complejo pronunciarse sobre la no restitución, sin entrar a valorar circunstancias que hacen a la cuestión de fondo (visitas y custodia), a pesar de la marcada delimitación que se pretende. Prueba de ello es que el requirente en su escrito de inicio, solicitó al Tribunal que se le otorgue la tenencia del menor (ver fs.99).

En relación a las consecuencias que podría generar la decisión que aquí se adopte, no puedo dejar de señalar que en la entrevista personal con mi defendido y su madre, aquella refirió que el niño nunca convivió con el requirente, pues de hecho la convivencia de la pareja duró siete meses debido a los episodios de violencia vividos durante el embarazo, que acarrearon que ella buscara protección en un refugio para mujeres maltratadas. La situación se agravó de tal forma, que los maltratos se extendieron a la persona del niño, obligando a la madre a denunciar las conductas abusivas padecidas (ver documentación aportada en la entrevista, que se adjunta en carpeta al presente).

Tales antecedentes, motivan a la Sra. A.V.G. a negarse terminantemente a regresar a Holanda, para evitar colocar a su hijo en la situación intolerable de abandonar el centro de vida que ha conformado, y exponerlo a un peligro grave físico y psíquico que sin duda lo desestabilizará.

En definitiva, la decisión de ordenar o no la restitución del niño, exige de nuestros órganos jurisdiccionales una evaluación integral de la situación y del conjunto de derechos humanos que podrían vulnerarse o satisfacerse según la decisión que se adopte; valorando especialmente la posición del menor (art. 13.II CH 1980) para no incurrir tampoco, en responsabilidad internacional en base a las obligaciones asumidas al suscribir otros tratados que integran el bloque de constitucionalidad.

Tras el dictado de la Observación General Nº 12 del Comité sobre los Derechos del Niño “*El derecho del niño a ser escuchado*”, 51º Período de sesiones, Ginebra, del 25/5 al 12/6 de 2009 ([v.\[http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf\]\(http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf\)](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf)) que fijó pautas interpretativas y claras recomendaciones, para dar efectividad al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, se impone la necesidad de escuchar y valorar la opinión del niño.

Tal contacto directo con el niño, permite a quien tiene la potestad de juzgar, conocer cuáles son las necesidades del niño afectado por el conflicto internacional y, en base a ello,

determinar cuál es su efectivo y real interés superior, eje que, también por imperativo legal, debe orientar la decisión judicial que se adopte.

En este sentido, es mi compromiso transmitir a ese Digno Tribunal mi impresión personal tras la entrevista con mi defendido, y consecuentemente cuál es su opinión respecto de la cuestión que lo involucra y en autos se debate.

A.M.G. es un niño de seis años de edad, que se presenta colaborador, a gusto en su residencia y contenido por su madre y la familia extensa de ella. Asiste a 1er. Grado, y no presenta dificultades en el aprendizaje ni en su relación con sus pares (ver documentación adjuntada en carpeta). De su anterior residencia, sabe que cuando era más pequeño vivió en Holanda porque su madre se lo contó, pero no tiene registros en su memoria. Durante la entrevista no expresó recuerdos de su padre como así tampoco manifestó deseos de verlo. Es de destacar que en virtud de la sentencia de la Suprema Corte, la madre se vio compelida a informar al menor respecto de su situación y las posibilidades de mudar su residencia a Holanda, frente a lo cual se mostró angustiado y preocupado por el temor de perder sus lazos afectivos, dejar su colegio y sus amigos.

Recuérdese, que no se trata de discutir derechos sobre objetos inanimados, sino de sujetos que día a día van forjando su identidad y personalidad. En base a ello, no puede desconocerse, que los niños tienen derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda resolución judicial, de modo que ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (cf. Fallos 328:2870).

Es en esa inteligencia que vengo sosteniendo en forma reiterada ante esa Corte, que el concepto de residencia habitual como punto de conexión para el reclamo de restitución internacional y la aplicación del Convenio, en muchos casos se encuentra desdibujado.

Las divergentes interpretaciones que surgen de las distintas jurisdicciones, con relación a este concepto han demostrado ser cada vez más problemáticas, pues no hay uniformidad sobre si al momento de determinarla, el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, o si debe estar en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. La residencia habitual puede parecer un factor de conexión muy flexible en algunos Estados Contratantes, y mucho más rígido para otros, reflejándose en la noción de una residencia a largo plazo.

Cualquier valoración de la interpretación de residencia habitual se torna aún más complicada por el hecho de que los casos pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas.

A modo de ejemplo, la residencia habitual puede tener que considerarse como consecuencia de una mudanza permanente, o una mudanza más tentativa, aunque tenga un final abierto

o potencialmente abierto, o la mudanza puede ser, de hecho, por un plazo de tiempo definido.(v. Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction) HC/E/UKe 2 <http://www.incadat.com/>).

Obsérvese, que el niño A.M.G. nació en la ciudad de Ámsterdam en mayo de 2006, cuando la pareja formada por A.V.G. y S.E. ya estaba distanciada. Transcurrido un año y ocho meses desde la disolución formal del vínculo, la Sra. A.V.G., decidió modificar su residencia y se trasladó junto a su hijo a la provincia de Buenos Aires, República Argentina. Es decir, el niño permaneció en su ciudad natal, junto a su madre hasta fines del año 2008.

Lo cierto es que hoy, el tiempo de residencia de este niño en el país requerido, supera ampliamente el de residencia en el país requirente y logró conformar un nuevo centro de vida, en el que realizó toda su educación inicial y comenzó la primaria. Por lo cual es evidente que se desarraigó de su breve residencia en Ámsterdam, perdiéndose la habitualidad que se requiere del concepto.

En este aspecto, resulta ilustrativa la jurisprudencia de Canadá, ya que adoptó un enfoque orientado al menor. Así la *Cour d'appel de Montréal* sostuvo, que la determinación de la residencia habitual de un menor era una cuestión puramente fáctica que debía resolverse a la luz de las circunstancias del caso con respecto a la realidad de la vida del menor, más que a la de sus padres. El plazo de residencia efectiva debe haberse extendido durante un período de tiempo continuo no insignificante; el menor debe tener un vínculo real y activo con el lugar, aunque no se establece período de residencia mínimo alguno (cf. *Droit de la famille* 3713, Cour d'appel de Montréal, 8 septiembre 2000, No 500-09-010031-003 [Cita INCADAT: HC/E/CA 651]). Recaudos que se dan claramente en el *sub lite*, con relación a la residencia en Buenos Aires.

Ello demuestra que el *status quo* que el CH 1980 intenta preservar y recuperar en forma inmediata retornando a la residencia anterior, **ya no existe**, toda vez que, la situación es otra totalmente distinta, pues se constituyó inexorablemente una nueva residencia, que tiene carácter de permanente.

Parecería así, que los conceptos de “*residencia habitual*” (CH 1980) y de “*centro de vida*” (Ley 26.061) se enfrentan y contraponen a la hora de aplicar el Convenio y decidir este tipo de conflictos y, lo grave es que finalmente quienes se perjudican con esa contraposición son los niños.

Destacados autores, sostienen que ante la laguna de la Convención, el concepto de residencia habitual debería definirse de la manera que mejor responda a la justicia del caso. Tal parecer fue el criterio seguido al fallar el caso “*R. de M., E. E.*”, donde se ponderó que la República Argentina era el centro de vida del niño (v. Cont. Adm. Río Cuarto 2^a, sentencia del 15/12/2005 en Solari, Néstor, “Sustracción Internacional de menores. El centro de vida del menor en el contexto del Convenio de la Haya” LL Córdoba 2006-793).

Recuérdese, que la residencia habitual anterior del menor sirve, a un doble objetivo: permite la calificación de un traslado como sustracción ilícita y, presupone un criterio de competencia de los tribunales de dicho estado.

Tal como lo establece el art. 92 del C.C., la residencia para que cause domicilio, ha de ser habitual y no accidental (*Fallos* 124:269).

Esta idea de residencia permanente, hace que entren en juego los “efectos derogatorios” y los “efectos atributivos” de la competencia judicial para resolver este tipo de conflictos (v. Pilar Jiménez Blanco, *“Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores”*, Marcial Pons, Madrid, 2008. p. 28).

En síntesis, a los efectos de determinar la residencia habitual con miras al doble objetivo del convenio, se debe partir de los componentes fácticos que rodean al caso al momento en que se debe resolver, a fin de no desvirtuar la aplicación del convenio y sus fines específicos.

Así entonces, si bien es cierto que en algún momento la ciudad de Ámsterdam fue la residencia habitual de A.M.G., no lo es menos, que hoy a cuatro años y medio de permanecer ininterrumpidamente en Argentina, es indiscutible que se originó una nueva residencia habitual que desplazó a la anterior. Esto incluso permite sostener que sean los tribunales del Estado requerido (Departamento Judicial de La Plata) los que están en mejores condiciones, y más próximos para poder resolver (principio de inmediación) acerca de cualquier modificación sobre la custodia del niño, contemplando efectivamente el interés que se debe tutelar.

Otro aspecto relevante del presente caso, y que genera un nuevo análisis de estos conflictos que involucran familias con elementos internacionales, es que en forma reiterada se viene observando que las modificaciones de la residencia son realizadas por el progenitor que se encontraba al cuidado del menor o quien era al menos titular de una custodia compartida y, no a la inversa.

Asimismo, debe resaltarse que estadísticamente, tras la crisis de una pareja suscitada en el extranjero son las mujeres las que suelen modificar su residencia junto con sus hijos, en busca de protección, retornando a sus países de origen o donde se encuentra afincada su familia primaria. Lo cual conlleva, a pensar al menos en una renovada lectura desde la perspectiva de género.

En ese contexto, no puede dejar de contemplarse que si se confirma y ejecuta la decisión que se critica, repercutirá también en la vida de la Sra. A.V.G. pues, siendo ella quien lo ha cuidado ininterrumpidamente desde su nacimiento, es de imaginar que lo seguirá, dejando todo para

contenerlo y acompañarlo en la construcción de un nuevo entorno de vida socio-cultural-familiar. Ello demuestra que la mujer queda en una situación de desigualdad y sumisión frente al progenitor requirente, pese a que la pareja estaba disuelta desde hacía varios años por decisión unilateral de él, ahora se le concedería a quien carecía incluso de legitimación para hacer el pedido de restitución, un poder que inevitablemente repercutirá en la proyección de la vida de la madre.

Desde otra óptica, se perderá asimismo de vista la incidencia del factor tiempo en la vida de mi defendido, la integración y adaptación al nuevo centro de vida, y lo grave es que se lo obligaría a regresar a un lugar que le resulta hoy extraño.

Tal plataforma fáctica no puede ser el sustento de una orden de restitución internacional. Ya que de ese modo la Administración de Justicia terminaría castigando a quienes muchas veces erróneamente han sido catalogadas como sustractoras, mediante una confusa aplicación del Convenio, consintiendo una pretensión que puede resolverse de un modo más tuitivo para los delicados intereses en juego.

En ese entendimiento, también debe tenerse en cuenta que en casos como el presente, en los que la sentencia definitiva aún no alcanzó el carácter de firme -pese a que las actuaciones fueron iniciadas hace más de tres años-, notoriamente la solución llagará tarde, violando la garantía del plazo razonable, pues al no haberse ordenando en forma inmediata la restitución a su residencia anterior, se desdibujó el objetivo del CH 1980, que recordemos, **es retornar con urgencia las cosas al estado anterior, por presumir que es ese el interés superior del niño.**

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede si el tiempo transcurrido, impidió el cumplimiento del objetivo del Convenio con la urgencia que impone, por circunstancias obviamente ajenas al principal perjudicado, el niño.

En este sentido el Convenio presenta un vacío, toda vez que no prevé una solución para estos supuestos, que sin embargo en Argentina son sumamente frecuentes y preocupantes, en tanto aún no se cuenta con una normativa interna que regule o reglamente este tipo de procesos a los que debe darse un trámite urgente y preferencial.

Tampoco contempla mecanismos para cubrir el post retorno.

Es por tal razón que, en este tipo de supuestos, se viene bregando, porque se realice un análisis minucioso respecto de cuál es el real interés del niño afectado, el que necesariamente debe ir acompañado de una mirada atenta a las circunstancias fácticas que rodean al caso en el momento en que debe resolverse.

Pues, como es sabido, las necesidades de los niños varían conforme a su edad y al paso del tiempo y lo que hoy es beneficioso para ellos, mañana puede no serlo, de allí que se requiera

un análisis comprometido de las repercusiones de cada decisión que se adopte, la que claramente incide en el futuro de este pequeño.

Nótese, que en estos casos se advierte claramente, como la aplicación del Convenio se convierte en una piedra en el camino de los niños involucrados, y la protección que en su origen el convenio pretendía, se transforma luego en un instrumento de tortura y castigo para aquellos.

En este orden de ideas, no puede pasar desapercibido que no resulta garante de su interés superior y, mucho menos, de su voluntad, ordenar su restitución a una ciudad de la que ya se ha desarraigado, y la que solo reflejará para él **pérdidas, angustia, enojo y desestabilización**. Pues dejará atrás toda su vida social y familiar conocida, su colegio, sus amigos, sus actividades extracurriculares, sus rutinas, su familia extensa, para insertarse en un ambiente totalmente desconocido para él, por la temprana edad en la que mudó su residencia.

Al respecto esa Corte tiene dicho que: “...el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se defina por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos: 328:2870, 331:2047 y causas N.157.XLVI. “N.N. o U. V. s/ protección de personas”, sentencia de 12 de junio de 2012)” (considerando 11º, causa M.73.XLVII. “M.d.S.,R. y otra s/ ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, sentencia del 26 de septiembre de 2012).

En base a las particularidades fácticas delineadas, no cabe duda de que éste es otro de esos casos que exigen una mirada diferente. No puede recurrirse indiscriminadamente a la aplicación del Convenio, cuando estamos frente a un proceso que excedió las seis semanas a las que alude la normativa aplicable, imposibilitando el cumplimiento del objetivo del CH 1980, exigiendo una nueva lectura de la cuestión para **asegurar en forma efectiva el interés superior del niño, el que no se preserva castigando al padre o madre sustractor, ni beneficiando al padre o madre o sustraído, sino que se asegura en la medida en que se adopte la decisión que mejor satisfaga todos los derechos de estos niños (integridad psicofísica, salud, derecho a un debido contacto con el progenitor no conviviente, derecho a ser oído, expresar su voluntad y que esta sea tenida en cuenta)**.

En ese entendimiento, la propia ley 26.061 establece desde el inicio de su articulado, **que los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño** (cf. Art. 1º).

Por otra parte, resulta esclarecedor lo señalado por los Jueces Kovler y Steiner de la Corte Europea de Derechos Humanos, en un caso de restitución internacional. El primero sostuvo que para resolver casos tan sensibles como el de autos, la Corte debe enfocarse en las condiciones

materiales y psicológicas en las que el niño tendría que vivir con cada padre, respectivamente. Y por su parte, Steiner aludió a que: “*el interés superior es el criterio rector que debe aplicar para dilucidar la cuestión bajo litis, interés que debe prevalecer por sobre cualquier otra consideración y criticó el excesivo formalismo jurídico en que se peca cuando se soslaya ese interés*” (Caso: “*Isabelle Neulinger y Noam Shuruk v. Suiza*” solicitud nro. 41614/2007, fecha de resolución 8/1/2009).

Al respecto resulta ilustrativo siguiendo a la Juez del Tribunal Constitucional Español Dña. Elisa Pérez-Vera en su informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980, aquella al referirse a la importancia dada al interés superior del menor señala “*el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación. Este enfoque se refleja en la limitación del ámbito de aplicación del Convenio a los derechos de custodia efectivamente ejercidos...*” (Parágrafo 72).

En esa inteligencia, ordenar una restitución en el *sub lite* vulnerará el resto de los compromisos asumidos por el Estado Argentino, generando para mi defendido un grave perjuicio (recuérdese la presunción de abuso y malos tratos que pesa sobre el Sr. E.). Dicha circunstancia se consolidará al desembarcar y enfrentarse con su nueva realidad, debiendo insertarse en un medio social que hoy desconoce y con los efectos y pesares que ello acarreará en su vida cotidiana.

Conforme lo hasta aquí reseñado, deviene palmario, que la restitución no puede proceder, en tanto no se configuran los presupuestos legales exigibles para que la cooperación internacional se ponga en marcha, principalmente porque la noción de urgencia se perdió y ello incidió en la vida de este niño y en su futuro.

VI.- Por lo expuesto, y en estricto resguardo de los derechos de mi asistido; solicito que se haga lugar a los recursos extraordinarios interpuestos, se revoque el decisorio apelado y se rechace sin más trámite la restitución peticionada.

DEFENSORÍA OFICIAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 18 de octubre de 2012.

ESTADO NACIONAL S/ INTERPONE RECURSO POR SALTO DE INSTANCIA EN AUTOS: 'RIZZO,JORGE GABRIEL (APODERADO LISTA 3 GENTE DE DERECHO)
S/ ACCIÓN DE AMPARO C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL, LEY 26855, MEDIDA CAUTELAR (EXPTE. N° 3034/13)

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Cabe declarar admisibles por salto de instancia -con efecto suspensivo -los recursos extraordinarios interpuestos contra las decisiones de 1º instancia por medio de las cuales se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 -reforma judicial- y del decreto del PE n° 577/2013, y ordenar el traslado por el plazo de 48 hs, pues concurren los requisitos de marcada excepcionalidad que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 257 bis del CPCCN (conf. ley 26.790), justifican habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48 prescindiendo de la intervención previa del tribunal de alzada, siendo las razones de urgencia -cancelación de un cronograma electoral- las que tornan procedente la vía e igualmente justifican que se abrevie el plazo previsto para cumplir con el traslado legalmente contemplado, así como habilitar días y horas para todas las actuaciones a que dé lugar la tramitación de los mismos.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *trece de junio de 2013.*

Vistos los autos: "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: 'Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)' y E.127.XLIX "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: 'Traboulsi, Carlos Lionel s/ promueve acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3041/13)'".

Considerando:

1º) Que la señora juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, Secretaría Electoral, hizo lugar a las demandas promovidas en estas actuaciones y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y

30 de la ley 26.855, y del decreto del Poder Ejecutivo N° 577/2013. En consecuencia, la señora magistrada dejó sin efecto jurídico la convocatoria electoral prevista en dichos textos normativos para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura.

Contra dichos pronunciamientos el Estado Nacional dedujo ante esta Corte sendos recursos extraordinarios por salto de instancia, en los términos del art. 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. ley 26.790).

2º) Que a juicio de esta Corte concurren los requisitos de marcada excepcionalidad que, con arreglo a lo dispuesto en el texto normativo aplicable, justifican habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48 prescindiendo de la intervención previa del tribunal de alzada que, como la Cámara Nacional Electoral, ha sido expresamente contemplado por la ley para revisar decisiones de esta naturaleza (art. 44 del Código Electoral Nacional - ley 19.945), a la par que constituye regularmente el superior tribunal de la causa a los fines de la procedencia del recurso extraordinario (ley 4055, art. 6º).

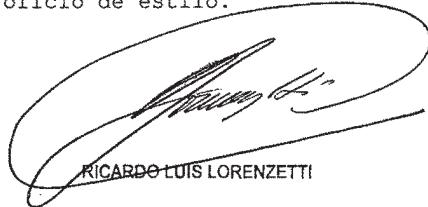
3º) Que ello es así, pues el planteo constitucional ventilado en estas actuaciones concierne de modo directo e inmediato a la composición de una de las autoridades de la Nación creada por la Constitución Nacional, que cuenta con atribuciones de alta significación en el estado constitucional (art. 114). A lo expresado se suma que la sentencia recurrida trae como efecto la cancelación de un procedimiento electoral mediante el sufragio universal destinado a cubrir cargos públicos electivos, circunstancia de gravedad institucional. Por último, al encontrarse en curso un cronograma electoral estructurado en diversas etapas que se integran con plazos breves y perentorios explicitamente contemplados, sólo la decisión final por parte de esta Corte de las cuestiones constitucionales planteadas permitirá evitar situaciones frustratorias de los diversos derechos puestos en juego en estas actuaciones.

4º) Que en las condiciones expresadas, tratándose de sendas causas de competencia federal en que las sentencias impugnadas han decidido de modo definitivo las cuestiones constitucionales suscitadas en la litis (art. 14, inc. 1º, ley 48), corresponde hacer lugar a las presentaciones efectuadas.

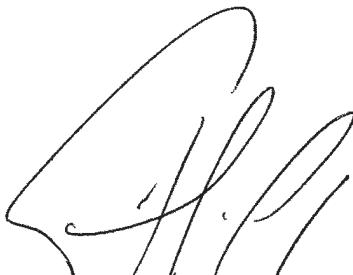
5º) Que las razones de urgencia que hacen procedente la vía intentada, igualmente justifican que este Tribunal proceda a abreviar el plazo previsto para dar cumplimiento con el traslado legalmente contemplado, así como habilitar días y horas para todas las actuaciones a que dé lugar la tramitación de los recursos.

Por ello, se declaran admisibles los recursos extraordinarios por salto de instancia, con efecto suspensivo con respecto únicamente a las sentencias recurridas (art. 257 ter, 3º párrafo, del código citado). De los recursos extraordinarios, córrese traslado a las actoras por el plazo de cuarenta y ocho horas, que se notificará junto con la presente en los respectivos domicilios constituidos según las certificaciones obrantes en autos. Oportunamente dese intervención a la señora Procuradora General de la Nación por igual plazo de cuarenta y ocho horas. Solicítense la remisión de los autos principales, a efectuarse en el día.

-///- Notifíquese por cédula con carácter urgente y póngase en conocimiento de la Procuradora General de la Nación mediante oficio de estilo.



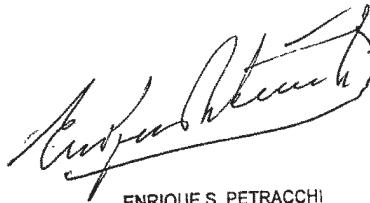
RICARDO LUIS LORENZETTI



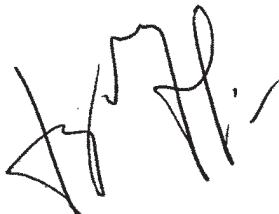
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



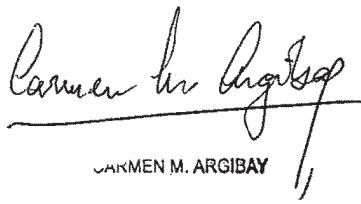
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY

Presentación efectuada por el Dr. Héctor Jorge Bavasso en representación del Estado Nacional con el patrocinio letrado de la Procuradora del Tesoro de la Nación Dra. Angélica María Esther Abbona.

**ASOCIACION DE TRABAJADORES DEL ESTADO
S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*****LIBERTAD SINDICAL***

El derecho invocado por la coactora A.T.E. de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el reclamo judicial tendiente a la declaración de invalidez del decreto 5/2003 de la Provincia de Salta mediante el cual se había dispuesto una rebaja de las remuneraciones de aquéllos, está inequívocamente reconocido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio N° 87 de la OIT, normas con las cuales es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art. 31.a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras.

SALARIO

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, respecto de las quitas salariales que impuso ya que, si bien no es posible negar que el Estado, para conjurar en aras del bien común, las llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados, esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad y de los tratados de derechos humanos, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables, que el mencionado decreto ha traspasado abierta y, sobre todo, largamente.

SALARIO

Corresponde declarar la inconstitucionalidad del decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, respecto de la quita salarial dispuesta con base en una invocada situación de emergencia económica si parece haber olvidado cuatro principios de jerarquía constitucional: el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, la justicia social, el principio de progresividad y el derecho a perseguir su bienestar material, tres principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizado: el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, el compromiso de abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado y el principio pro homine, y también que el art. 14 bis de la Constitución Nacional es cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.

dictamen de la procuración general

Suprema Corte:

- I -

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Salta rechazó la acción de inconstitucionalidad deducida contra el Decreto Municipal nº 5 del 14 de enero de 2003 en cuanto implementó un proceso de reforma del Estado Municipal disponiendo una reestructuración funcional de la administración comunal y la revisión, modificación o supresión de los adicionales o suplementos particulares reconocidos a los agentes municipales en su remuneración (fs. 417/426).

- II -

Contra dicha sentencia, la actora dedujo recurso extraordinario que, respondido por la contraria fue denegado por el Superior Tribunal local (v. fs. 428/471; fs. 476/4479; fs. 481/484, respectivamente), dando origen a la queja en examen (v. fs. 119/123 del cuaderno respectivo).

- III -

Cabe señalar que V.E. tiene resuelto reiteradamente que las cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, así como las que se refieren a la aplicación de disposiciones normativas de orden público y local son ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y de regirse por ellas, existe cuestión federal si la resolución que se impugna incurre en arbitrariedad al omitir la consideración de circunstancias conducentes para la adecuada solución del caso o al interpretar las normas en términos que equivalen a su virtual prescindencia (v. Fallos: 275:133; 305:112; 310:2114; 312:1722; 317:39, etc.); circunstancia a la que no obsta que el decisorio emane de un Superior Tribunal de provincia (Fallos: 316:239).

Tal situación se configuró en el *sub lite* desde que los jueces omitieron tener en cuenta el interés jurídico invocado por la Asociación de Trabajadores del

Estado (ATE) en su escrito de demanda (V. fs. 21, párrafo 3º) en cuanto alegó que le incumbe la representación que ejerce como sindicato en virtud del mandato constitucional en los casos de incidencia colectiva en general (art. 43 de la CN) planteo que no mereció respuesta en el fallo en crisis, tema que cobra especial relevancia en el caso pues la norma constitucional que se invoca es posterior al texto legal y doctrina citados por el a quo (v. fs. 421 *in fine* y de fs. 421vta.).

También prescindió de otros aspectos conducentes, entre ellos, que el propio municipio que de origen planteó la falta de legitimación de la referida entidad vino después a reconocerla (v. fs. 182/183vta.), aspecto que pudo ser entendido como una actividad contraria a la objeción opuesta, que tornaba abstracto su anterior planteo. Tampoco tuvo en cuenta que la Asociación de Trabajadores del Estado cuenta con personería gremial nº 2, preexistente, y cuyo ámbito de actuación es en todo el territorio de la Nación Argentina y que según constancias obrantes a fojas 391/407 no se hallaba excluida expresamente de dicha representación.

-IV-

Establecido ello, cabe entonces estudiar la cuestión referida a la reducción salarial dispuesta por norma municipal que ha sido calificada como de emergencia. Cabe recordar sobre el particular que para que este tipo de disposiciones supere el examen de constitucionalidad V.E. tiene dicho que la restricción del ejercicio de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la subsistencia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y esté sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (Fallos 243:467). En cuanto a la legislación para este tipo de circunstancias excepcionales, también se ha señalado que su justificación requiere: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable,

acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria (conf. Fallos 313:1513 y sus citas).

En tales condiciones, se advierte que el decreto local nº 5/03 (del 14-01-03, ver fs. 83) se dictó con fundamento en una reestructuración administrativa funcional del municipio, en el marco de la emergencia provincial, sin que surgiera de su articulado que el Estado municipal pueda re establecer los derechos alterados una vez que cesaren las circunstancias que dieron motivo al dictado de la norma de crisis. En tal sentido, resulta reprochable la medida adoptada por el Estado Municipal, en los términos que V.E. expuso en el precedente "Tobar" (Fallos 325:2059, considerando 10), pues si bien se ha admitido que la falta de definición del plazo de duración de la emergencia no constituye, un elemento descalificante de la validez de las medidas que en su consecuencia se adopten (Fallos 243:449), puesto que es difícil prever la evolución de la crisis económica y su duración temporal, lo cierto es que cuando no se establece que el Estado pueda disponer el cese de la medida de emergencia ante la modificación de las condiciones que la generaron, se excluyé la posibilidad de verificar el razonable ejercicio de esa facultad (cfr. Fallos 323:1566). En consecuencia, opino que la presente guarda sustancial analogía con la examinada en el citado precedente de Fallos 325:2059, a cuyos términos y consideraciones corresponde remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad.

Por lo expresado, opino que debe hacerse lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia impugnada y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien competá, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.

Buenos Aires, 6 de febrero de 2009.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) y el señor Alberto Molina, empleado de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, promovieron la acción local de inconstitucionalidad solicitando que se declarara la invalidez del decreto 5/2003 mediante el cual, el Intendente de dicha ciudad, invocando una situación de emergencia general, dispuso una rebaja de las remuneraciones de los agentes municipales. La Corte de Justicia de Salta (fs. 417/426 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá) rechazó la acción de ambos actores. Para así decidir, por un lado, entendió que A.T.E. "carecía de legitimación para representar los intereses colectivos" de los trabajadores del municipio salteño, por cuanto, para la fecha de promoción de la demanda, solo actuaba en el ámbito indicado como entidad sindical simplemente inscripta dado que otro sindicato, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta, gozaba de la personería gremial (art. 28, cuarto párrafo, de la ley 23.551) y, por ende, era este último, según lo dispuesto por el art. 31 del antedicho cuerpo legal, el que tenía el derecho exclusivo de representar los mencionados intereses colectivos.

Por el otro, consideró inatendible la pretensión formulada a título individual por el señor Molina, con base en que la medida en cuestión: a. fue adoptada dentro del marco de la situación de emergencia declarada en el municipio a partir de su adhesión a la normativa de emergencia nacional y provincial; b.

sus motivos consistían, esencialmente, en la necesidad de afrontar un grave déficit financiero a través del ajuste del gasto público; c. era de carácter general, pues alcanzaba a todos los agentes de categoría similar, lo cual también excluía la posibilidad de que mediaran particularizaciones arbitrarias y ajenas a su motivación. Sostuvo, asimismo, que: d. la situación de emergencia alegada y la acreditación, en la especie, de otros y diversos arbitrios tomados para superarla, excluían la irrazonabilidad reprochada; e. la rebaja salarial del señor Molina, que equivalía a un 20%, no implicaba una quita confiscatoria ni permitía considerar alterada la sustancia del contrato, ya que no se había demostrado que su aplicación produjera la ruptura del equilibrio necesario entre los servicios prestados y el salario, circunstancia que permitía descartar la vulneración del derecho de propiedad; f. la omisión de establecer el plazo de subsistencia de la rebaja no afectaba su validez, en tanto era difícil prever la duración de la crisis y la legislación de emergencia en que se sustentaba el decreto tenía el carácter de excepcional y transitoria. Señaló, finalmente, que según la doctrina administrativista, el sueldo que fija la administración puede ser modificado por ésta razonablemente.

Corresponde agregar, para una mejor inteligencia de la causa, que las quitas produjeron, según el muestrario aportado por la demandada para agentes con 15 años de antigüedad (fs. 171 y 175), del que se hizo eco la Corte de Justicia de Salta (fs. 424), que los sueldos de \$ 1.089,45 se redujeron a \$ 715,11 (escalafón profesional), los de \$ 546,56 a \$ 432,05 (escalafón general), los de \$ 519,44 a \$ 426,30 (escalafón oficial) y los de \$ 506 a \$ 412,50 (escalafón servicios gral.); vale decir, disminuciones del 34,3%, 20,80%, 19,80% y 18,30%, respectivamente.

Contra ese pronunciamiento, A.T.E. y el mencionado coactor dedujeron recurso extraordinario (fs. 428/471), en el cual, la primera, cuestiona el desconocimiento de su legitimación

ción y también, junto con el segundo, el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la rebaja salarial dispuesta por el municipio demandado. La denegación del mencionado recurso, dio origen a la queja en examen.

2º) Que los agravios expresados por A.T.E en torno de su aptitud para representar los intereses colectivos invocados, resultan inadmisibles en la medida en que remiten a la interpretación del art. 31.a de la ley 23.551 seguida por el a quo, esto es, que el ejercicio de dicha representación formaba parte de los "derechos exclusivos de la asociación sindical con personalidad gremial" (en el caso, la Unión de Trabajadores Municipales de Salta). Por lo contrario, si son admisibles en cuanto se afirman en la incompatibilidad de dicha norma con el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre lo cual ha de entenderse que medió una resolución contraria implícita del a quo, desde el momento en que fueron invocados en la demanda (cfr. fs. 21/24) y no tratados en la sentencia apelada (Fallos: 113:429; 127:170; 131:196; 158:183; 263:529; 304:1632; 305:515; 306:936; 311:95; 312:417; 313:44, entre muchos otros). Luego, reunidos los restantes recaudos de admisibilidad, procede habilitar esta instancia a tales fines (art. 14.3 de la ley 48). Con todo, cabe adelantar que en la tarea de esclarecer el alcance de disposiciones de carácter federal, la Corte no está limitada por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto en disputa de acuerdo con la interpretación que ella rectamente les otorgue (Fallos: 307:1457; 308:647; 311:2688; 312:2254, entre otros).

3º) Que para el juzgamiento del tema indicado, corresponde recordar la doctrina constitucional asentada por el Tribunal en el precedente "Asociación Trabajadores del Estado c/

Ministerio de Trabajo" (Fallos: 331:2499 -2008-), y reiterada en el caso "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina" (Fallos: 332:2715 -2009-), según la cual, la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostienen e imponen la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, y un muy comprensivo *corpus iuris* proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en los términos del art. 75.22 de la primera. Dicho *corpus* está integrado, entre otros instrumentos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16), por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales, a su vez, se hacen eco, preceptivamente, del citado Convenio N° 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (arts. 8.3 y 22.3, respectivamente; sobre este Convenio se volverá en el considerando siguiente).

En efecto, en la sentencia recaída in re "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" esta Corte ha expresado que el aludido principio constitucional consagra la libertad para todos los sindicatos, con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial (cit., ps. 2510/2511). Sobre tal base, la Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de la ley 23.551, en la medida en que concedían a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos -mediante el otorgamiento de la personería gremial- privilegios que excedían de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual iba en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aqué-

llos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación (cit., especialmente ps. 2511/2514, considerandos 8º y 9º; "Rossi", cit., ps. 2721/2727, considerandos 3º a 7º).

4º) Que, al igual que en los precedentes citados, tampoco puede soslayarse en la presente cuestión el aporte del ya citado Convenio N° 87 de la OIT, instrumento indudablemente fundamental en la materia, según ha quedado extensamente demostrado en la recordada sentencia "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" (cit., ps. 2506/2508 y 2511/2513, considerandos 4º, 5º y 8º; "Rossi", cit., ps. 2723/2724). Este cuerpo legal es concluyente en cuanto obliga al Estado a "abstenerse de toda intervención que tienda a limitar [...] o a entorpecer [el] ejercicio legal" del derecho de las "organizaciones de trabajadores [...] de organizar [...] sus actividades y el de formular su programa de acción" (art. 3.1 y 2). La "legislación nacional", agrega, "no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio" (art. 8.2), al tiempo que, por su art. 10, aclara que el término "organización" significa "toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores".

Aun cuando lo expuesto bastaría para decidir la cuestión bajo examen, es oportuno memorar los antecedentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, instituida por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión (1926) y que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (*Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Sección VI). Esto es así, puesto que ese órgano internacional tiene dicho, y repetido, que no se compadece con el Convenio N° 87 la norma del

art. 31.a de la ley 23.551, que privilegia "a las asociaciones sindicales con personería gremial frente a las demás asociaciones, en materia de representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva" (*Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), Publicación 1993; Observación individual... Argentina... Publicación 1996; Observación individual... Argentina... Publicación 1997; Observación individual... Argentina... Publicación 1998; Observación individual... Argentina... Publicación 1999; Observación individual... Argentina... Publicación 2001*).

5º) Que, en suma, con arreglo a los antecedentes de los que se ha hecho mérito, no cabe sino concluir en que el derecho invocado por la coactora A.T.E. de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el presente reclamo judicial, está inequívocamente reconocido por las aludidas normas de jerarquía constitucional. Normas con las cuales, por ende, es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art. 31.a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras.

6º) Que, en tales condiciones, corresponde examinar los agravios que, sobre el fondo de la contienda, sostienen tanto A.T.E. como el señor Molina, máxime cuando, además de lo previsto en el art. 16, segunda parte, de la ley 48, los alcances de la motivación del fallo atacado traducen, implícitamente, una respuesta adversa al reclamo sustancial de aquella asociación. Al respecto, también procede habilitar esta instancia extraordinaria, pues los planteos ponen en cuestión la validez de una norma provincial por ser repugnante al derecho federal y la decisión ha sido en favor de la primera (art. 14.2 de la ley 48).

Mas, también en este capítulo debe hacerse la salvedad expresada en el considerando 2º, en orden a que la Corte no está limitada por los argumentos de las partes.

El asunto a examinar, en síntesis, será la validez constitucional de la quita en la retribución de trabajadores públicos, dispuesta por una autoridad municipal con base en una invocada situación de emergencia económica.

7º) Que el Tribunal, en el precedente "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", al que remite en razón de brevedad, ha tenido oportunidad de señalar la extensa serie de antecedentes jurídicos e institucionales demostrativa de la temprana y permanente preocupación del derecho de los derechos humanos, tanto nacional como internacional, por el salario, su justicia y protección (Fallos: 332:2043 -2009-). Esta cuestión, puntualizó, no ha cesado deemerger en la historia de la humanidad desde antiguo, con la gravedad que significa poner en juego créditos de evidente naturaleza alimentaria, que interesan a vastos sectores de la población y que se originan en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del empleado (p. 2054 y sus citas).

Asentó, asimismo y sobre dichas bases, una conclusión: el salario es el medio por el cual el trabajador "se gana la vida" (ps. 2055/2056). Dato elemental, por cierto, pero de esencial relevancia para esta litis, toda vez que constituye el eje mayor para esclarecerla. En efecto, la expresión entrecomillada, no por su sencillez, deja de ser más que elocuente para mostrar la directa e indisociable atadura que une a la remuneración con la vida misma de un empleado y, regularmente, de su familia (v.gr. PIDESC, art. 7.a.ii). Ganarse la vida es obtener, como mínimo, lo necesario para acceder a la salud; a la educación; a la cultura; a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye, *inter alia*, alimento adecuado, vivienda adecuada y vestido

adecuado; al descanso, entre muchos otros bienes del terreno de los derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Empero, y por lo mismo, la proyección del salario es de alcances incluso mayores, dado que también comprende el ejercicio de los derechos humanos civiles y políticos, desde el momento en que, conforme al ya universalmente consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el antedicho ejercicio es "imposible" sin el goce paralelo de los derechos económicos, sociales y culturales (Proclamación de Teherán, 1968, párr. 13; asimismo: Resolución 32/130, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16-12-1977, y los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del PIDESC). Principio afirmado en "los planos no sólo doctrinal sino también operativo, o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (excepciones preliminares y fondo), sentencia del 24-11-2006, Serie C N° 158, voto del juez Cançado Trindade, párr. 7). Más aún; estas proyecciones, por alcanzar a la familia del empleado, permiten vincular la presente problemática con la "protección integral" de aquélla (Constitución Nacional, art. 14 bis).

Y el punto adquiere todavía mayor gravedad, a poco que se advierta que lo traído a la liza por vía de la remuneración, es el derecho del trabajador a ganarse la vida, sí, pero una "vida digna", como con toda justicia lo prescriben los arts. 7.a.ii del PIDESC y 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se sigue de los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por no citar más que preceptos de jerarquía constitucional. De ahí que, a su vez, corresponde resaltar dos circunstancias. Por un lado, que tal como lo sostiene el intérprete más autorizado del PIDESC en el plano internacional, esto

es, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Torrillo", *Fallos*: 332:709, 713 -2009-), solo es calificable de "trabajo digno" el que "respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de [...] remuneración" (*Observación general N° 18. El derecho al trabajo*, párr. 7; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", cit., p. 2054). Por el otro, que debe verse al trabajo, en definitiva, en toda su trascendencia, como un medio para que, el que lo presta, "logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano" ("Torrillo", cit., p. 715; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párr. 158).

8º) Que lo expuesto en el considerando antecedente tiene como propósito deliberado poner de manifiesto la indole "vital" de reclamos como el presente, y en la doble acepción del adjetivo, esto es, como perteneciente o relativo a la vida, así como de suma importancia o trascendencia. De ahí que también lo elemental haya sido significado, en dicho considerando, en el sentido de obvio o evidente, y de fundamental o primordial.

De ello se sigue, entonces, que la determinación jurídica de los alcances de la protección del salario, en el caso, la intangibilidad de su importe, se vuelva inconcebible o, al menos, desencaminada, si se la desplaza del ámbito que le es propio, el derecho de los derechos humanos (nacional e internacional). O si se prescinde de reparar en sus múltiples efectos sobre la realidad, vale decir, su directa y notoria repercusión sobre el grado o la medida del acceso del trabajador y de su familia al goce y ejercicio de derechos fundamentales de vastedad y honduras inocultables. Dicha determinación, en breve, habrá de hacerse cargo, si lo que pretende es hacer justicia *in concreto*, de que lo que tiene entre sus manos es uno de los medios mayores, por cierto, que tributan o tienden a posibilitar que la persona humana pueda llevar una vida digna en la existencia, lo

cual deriva, naturalmente, de su dignidad esencial.

Es de recordar, incluso, que dicha dignidad intrínseca o inherente al ser humano, además de ser el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional, se relaciona con el trabajo en términos "naturalmente entrañables", según lo reconocen con claridad los citados arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 7.a.ii del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, respectivamente ("Madorrán", Fallos: 330:1989, 2004 -2007-; asimismo: "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", cit., p. 2059). En otras palabras, la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta, en lo inmediato, en un proceso más comprensivo, concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, lo cual ha tenido, entre sus propósitos fundamentales, la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado. Y, mediamente, en el desarrollo de la protección y realización de los derechos humanos en general ("Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.", cit., p. 2054).

9º) Que el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, por ende, el principio protectorio del trabajo y del trabajador que enuncia, son aplicables por entero al empleado público y a la relación de empleo público, tal como se señala en el precedente "Madorrán" (cit., p. 1999). Que, habida cuenta de las fuentes institucionales de las que se ha hecho mérito y de las que se hará, cabe añadir, de un lado y para el sistema interamericano, la doctrina de la Corte IDH: "[e]n el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos [...] ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente" (*Condición Jurídica y Derechos de*

los Migrantes Indocumentados, cit., párr. 139; asimismo: párrs. 138 y 152). Derechos previstos en "el sistema jurídico nacional e internacional" (*idem*, párr. 155). Y, del otro, para el régimen universal, el recordado Comité: el derecho humano al trabajo "[e]ngloba todo tipo de trabajos" (*Observación general N° 18*, cit., párr. 6; asimismo: párrs. 31.b y 43), lo cual, además, se ve demostrado en su práctica de control sobre el empleo público, p.ej., en materia de remuneraciones (*Observaciones finales: Argelia, 2010*, párr. 10), de jornada de trabajo (*Observaciones finales: Japón, 2001*, párrs. 19 y 46), de discriminación (*idem*, párrs. 15, 42 y 52) y de prestaciones de desempleo (*Observaciones finales: Argentina, 1999*, párr. 14).

De consiguiente, cuatro principios de jerarquía constitucional rigen el desenlace de esta contienda. En primer término, el trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", *Fallos*: 327:3677, 3689 y 3690 -2004-; "Aquinó", *Fallos*: 327:3753, 3770 y 3797 -2004-; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.", cit., p. 2055), y goza de la "protección especial" del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los derechos sociales del trabajador (art. 2.a), la cual ampara a los trabajadores "de toda clase" y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Ascua", *Fallos*: 333:1361, 1369/1370 -2010-).

En segundo lugar, sobre lo que se volverá en el considerando siguiente, la justicia social. Esta, así como traduce "la justicia en su más alta expresión", no tiene otro norte que alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" ("Madorrán", cit., p. 2002 y sus citas). La justicia social, por lo demás, al tiempo que deriva derechamente de la Constitución histórica, pues el Preámbulo proclama el aseguramiento del "bienestar general" ("Bergaitz", *Fallos*: 289: 430, 436 -1974-; asimismo: *Fallos*: 293:26,

27 -1975-), se ha visto reafirmada y reforzada por las reformas, de 1957, al recoger las tendencias del llamado constitucionalismo social (art. 14 bis cit.; "Aquino", cit., ps. 3770, 3788 y 3797; "Madorrán", cit., p. 1999), y de 1994, para la cual lo que cuenta es el "desarrollo humano" y el "progreso económico con justicia social" (art. 75.19; "Aquino", cit., ps. 3779/3780; "Madorrán", cit., p. 2002; "Torrillo", cit., p. 715).

En tercer término, el principio de progresividad, el cual, para lo que interesa, impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente "regresivo" en materia de derechos humanos, tal como lo es el decreto 5/2003 impugnado, requieran la consideración "más cuidadosa", y deban "justificarse plenamente", v.gr., con referencia a la "totalidad de los derechos previstos" en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del "máximo de los recursos" de que el Estado disponga (*Observación general N° 18*, cit., párr. 21; asimismo, del citado Comité: *Observación general N° 17* –párr. 27– y 19 –párr. 42– entre otras). En este sentido se alinean conocidos antecedentes de esta Corte ("Aquino", cit., ps. 3774/3776; "Madorrán", cit., p. 2004; "Milone", *Fallos*: 327:4607, 4619 –2004–; "Torrillo", cit., p. 722; asimismo: "Medina, Orlando Rubén y otros c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A.", *Fallos*: 331:250 y sus citas –2008–; "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever Argentina S.A", *Fallos* 330:5435, 5454 –2007– voto de los jueces Fayt y Petracchi; "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS", *Fallos*: 328:1602, 1624/1625 –2005– voto del juez Maqueda). En términos idénticos, es dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el *Caso Acevedo Buendía y otros* ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú (excepción preliminar y fondo, 1-7-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103; asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, *Jorge Odír Miranda Cortez y otros*

- *El Salvador*, 20-3-2009, párr. 105 y ss). Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un "orden social justo", convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, del principio según el cual "el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia" (art. 45.b).

En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada *Observación general N° 18* (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias (v.gr. *Observación general N° 14* -párr. 32-, 15 -párr. 19-, 17 -párr. 27), así como también lo ha hecho esta Corte ("Medina", cit., p. 259 y sus citas; v. asimismo: "Aquino", cit., p. 3775, y "Silva", cit., p. 5454). La regresividad, en suma, "contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos" (*Caso Acevedo Buendia...*, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21).

Y, finalmente, en cuarto lugar, que la aludida realización en la persona del empleado del "derecho a perseguir su bienestar material" por intermedio del trabajo asalariado, ha de estar rodeada, entre otras condiciones, de "seguridad económica", según lo impone a los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de los Fines y Objetivos de esta institución, del 10 de mayo de 1944, llamada Declaración de Filadelfia (II.a). Luego, si bien los Estados tienen un margen en el que pueden ejercer su criterio para cumplir con el art. 2.1 del PIDESC, no por ello esta norma deja de imponerles claramente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para velar por que todas las personas queden protegidas frente a la "inseguridad en el empleo" (*Observación general N°*

18, cit., párr. 37). Después de todo, el salario al que tenian derecho los empleados del municipio salteño, no era otro que el que éste mismo justipreció como retributivo del esfuerzo e importancia de las tareas desarrolladas por aquéllos ("Vizzoti", cit., p. 3693).

10) Que los principios aplicables en el sub examine precedentemente enunciados, deben ser completados con otros tres, no menos estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizado. Los dos primeros entrañan obligaciones del Estado, de sentidos opuestos, pero complementarios tanto entre sí cuanto del ya mencionado principio de progresividad. Por un lado, el deber (positivo) de "adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna" (Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo), sentencia del 17-6-2005, Serie C N° 125, párr. 162 y sus citas; asimismo: párrs. 161, 163, 168, 172, 176, 221 y sus citas; en sentido análogo: *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (fondo), sentencia del 29-3-2006, Serie C N° 146, párrs. 151/153), mayormente cuando el derecho al trabajo exige la formulación y aplicación por los Estados Partes de una política en materia de empleo con miras a "elevar el nivel de vida" (*Observación general N° 18*, cit., párr. 26; Declaración Socio-Laboral del Mercosur, art. 14), lo cual especifica la obligación general de asegurar el derecho de las personas "a una mejora continua de las condiciones de existencia" (PIDESC, art. 11.1; "Milone", cit., p. 4619; "Aquino", cit., p. 3775, "Medina", cit., p. 259). Y, por el otro, el compromiso (negativo) de "respetar" los mentados derechos, lo cual le requiere abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado (*Observación general N° 18*, cit., párr. 22). Es evidente que si el Estado ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas positivas, con mayor razón está obligado a no adoptar las que contradigan dicha obligación (Corte IDH, *Ciertas Atribu-*

ciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, 16-7-1993, Serie A N° 13, párr. 26; Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, 9-12-1994, Serie A N° 14, párrs. 33 y 36).

El tercer motivo reside en un principio que "informa todo el derecho de los derechos humanos" y resulta "connatural" con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ("Madrorrán", cit., p. 2004). Se trata, por cierto, del principio *pro homine o pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mencionados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., idem, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A N° 6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (idem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten.

11) Que todo lo antedicho, desde luego, no implica negar que el Estado, para conjurar, en aras del bien común, las llamadas situaciones de emergencia económica, pueda disminuir temporariamente las remuneraciones de sus empleados ("Guida", Fallos: 323:1566, 1592, 1600/1601, 1609, 1617/1618 -2000-; "Tobar", Fallos: 325:2059, 2077, 2082, 2083 -2002-; "Müller", Fa-

llos: 326:1138, 1145, 1146, 1147 -2003-). Empero, si entraña, y de manera terminante, que esos remedios, a la luz del bloque de constitucionalidad, tienen un nítido sentido y destino, y ciertas condiciones y límites inquebrantables, que el decreto 5/2003 ha traspasado abierta y, sobre todo, largamente. En efecto, de acuerdo con lo expuesto al comienzo, esa disposición, por un lado, provocó mermas, a partir de enero de 2003, que alcanzaron el muy significativo porcentaje del 18,3 del salario, como mínimo, pues para el señor Molina fue del 20% y para algunas otras categorías del 34,3%. Y, por el otro, incidió en tamaña medida nada menos que sobre remuneraciones que, por sus más que estrechas cuantías, resultaban marcada y particularmente sensibles a una reducción. Obsérvese que de la alegación de las actoras basada en datos del Instituto Nacional de Estadística y Censo, no refutada por la demandada, se sigue que la quita emplazaba, a todas las retribuciones, por debajo de la línea de pobreza y, a las de menor cuantía, apenas por encima de la línea de indigencia (v. fs. 28).

La norma, de consiguiente, parece haber olvidado, además de los principios y pautas de los que se ha hecho mérito, y de que el citado art. 14 bis es cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas ("Madorrán", cit., p. 2007; "Masaglia y otros", *Fallos*: 269:230, 234 y su cita -1967-), otras dos premisas capitales. Por un lado, que las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" y una "grave escasez de recursos", hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia "mayor, no menor". Y, por el otro, que la "protección" de las "capas vulnerables de la población" es, precisamente, "el objetivo básico del ajuste económico" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 2* -párr. 9-; asimismo: Nros. 5 -párr. 10-, 6 -párr. 17-, 12 -párr. 28-, 14 -párr. 18-, entre otras). Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a

proteger "en particular a los grupos más vulnerables" (*idem, Observaciones finales: Bulgaria, 1999*, párr. 23, v. asimismo: párrs. 14 y 24), cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, "deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" al art. 14 bis constitucional ("Vizzoti", cit., p. 3688), tutela ésta que, por ende, impone "un particular enfoque para el control de constitucionalidad" (*idem*).

Con igual claridad, procede destacarlo, se pronuncia el *Pacto Mundial para el Empleo* (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009): entre las políticas a adoptar ante una crisis —expresa— se encuentra la protección de "las personas y las familias afectadas por [ésta], en particular las más vulnerables" (p. V). A su turno, la *Memoria del Director General* de la OIT, hace notar dos datos de particular importancia, los cuales, a su vez, permiten responder a la "cuestión de la equidad". Advierte, primeramente, que la arquitectura del *Pacto* se ha inspirado en la perspectiva de la justicia social. Y, en segundo término, que el trabajo decente (digno, cabe precisar, en palabras del reiteradamente citado art. 14 bis) es, precisamente, uno de los "cimientos" de "un proceso sostenible de reducción del déficit y la deuda" y de "estabilidad social". En tales condiciones, la anticipada "cuestión de la equidad", vale decir, "¿qué capas de la sociedad deberán soportar el costo de la crisis, y cómo se puede proteger mejor y dar más autonomía a los más vulnerables?", tiene una respuesta ineludible: "no puede ser que ese peso recaiga en última instancia en las familias trabajadoras [...]" (*Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente. Memoria del Director General*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99º reunión, 2010, ps. 2 —párrs. 10 y 11— y 1 —párrs. 5º y 4º—). El goce de los derechos humanos es un "prerequisito" del desarrollo económico (v. "Torrillo", cit., p. 720).

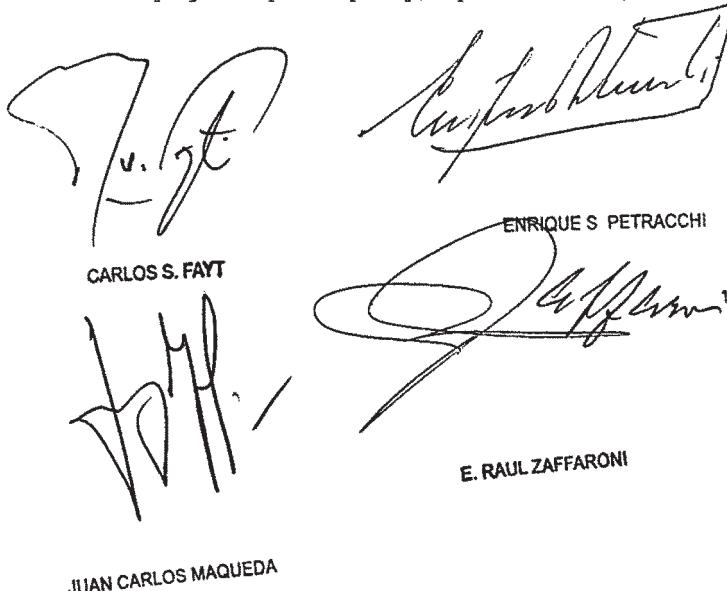
En definitiva, es cuestión de armonizar la protección de los derechos humanos, en esta litis, los del empleado público, con las potestades públicas, pues si aquellos no son absolutos, tampoco lo son éstas ("Madorrán", cit., ps. 2006 -y sus citas- y 2013). El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2), "concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad'" (*La Expresión "Leyes" en el Artículo 30...*, cit., párr. 29).

En estas condiciones, se vuelve inoficioso estudiar si la norma de emergencia impugnada satisfizo los restantes recaudos que condicionan su validez y, con mayor razón, si encontraría sustento en el ejercicio de las atribuciones regulares de las autoridades, aludida por el a quo.

12) Que, en suma, corresponde declarar la inconstitucionalidad, por un lado, del art. 31.a de la ley 23.551, en cuanto impidió que A.T.E. representara los intereses colectivos invocados por considerárselo un derecho exclusivo de la asociación sindical con personería gremial. Y, por el otro, del decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, respecto de las quitas salariales que impuso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos por A.T.E. y el señor Molina, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados en el considerando 12, con costas (art. 68 del

-//Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.



Recurso de hecho interpuesto por la coactora Asociación de Trabajadores del Estado, representada por el Sr. Vicente Leopoldo Martí, y el coactor Alberto Molina, ambos patrocinados por los Dres. Oscar Esteban Cabrini y Matías Cremonete.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Corte de Justicia de Salta.

CENTRAL TERMICA SORRENTO S.A. C/ MUNICIPALIDAD
DE ROSARIO PCIA. DE SANTA FE
S/DENUNCIA LA VIOLACION A LA LEY 23548

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

Cabe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución del Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos que confirmó la decisión del Comité Ejecutivo por la que se desestimó la denuncia formulada por la actora, según la cual el tributo establecido por la ordenanza 5295 de la Municipalidad de Rosario y modificatorias, se encontraba en pugna con la ley 23.548 de coparticipación federal de recursos fiscales, pues no cabe considerar que la resolución contra la que se interpuso el recurso sea un acto de contenido judicial que decida una controversia cierta y determinada entre litigantes.

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

Cabe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución del Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos que confirmó por la que se desestimó la denuncia formulada por la actora, según la cual el tributo establecido por la ordenanza 5295 de la Municipalidad de Rosario y modificatorias, se encontraba en pugna con la ley 23.548 de coparticipación federal de recursos fiscales, pues no deviene en una decisión definitiva, exigencia que es insalvable para la actuación del Tribunal por la vía del art. 14 de la ley 48, dado que no se ha dictado un pronunciamiento de condena ni uno declarativo en contra del contribuyente, ni se ha zanjado una controversia cierta y determinada entre éste y el fisco municipal mencionado, sino que se ha resuelto que la legislación tributaria del municipio, independientemente de sus casos de aplicación concreta, satisface el sistema de la ley 23.548, por lo que el particular conserva la pertinente legitimación para promover, por las vías oportunas, una causa donde se ventile lo que corresponda a su respecto.

-Del dictamen de la Procuración General al que remiten los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en su voto-.

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

Cabe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución del Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos que confirmó la decisión del Comité Ejecutivo por la que se desestimó la denuncia formulada por la actora, según la cual el tributo establecido por la ordenanza 5295 de la Municipalidad de Rosario y modificatorias, se encontraba en pugna con la ley 23.548 de coparticipación federal de recursos fiscales, por cuanto los planteos formulados se orientan exclusivamente a cuestionar el alcance asignado a leyes convenio que hacen parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público provincial, por lo que la revisión de lo decidido resulta, por regla, ajena a la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48, y tampoco se observa que lo decidido resulte pasible de tacha alguna, por cuanto efectuó una interpretación razonable de los hechos y la normativa sometida a su consideración, lo que impide su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

-Voto del juez Maqueda-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 766/774, el Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos (CFI, en adelante) dictó la resolución 111, por medio de la cual rechazó el recurso de revisión instado por Central Térmica Sorrento S.A. contra su similar 332 del Comité Ejecutivo de ese organismo (fs. 691/700), en la que -a su turno- había desestimado la denuncia interpuesta por esa firma sobre la presunta pugna del tributo establecido por las ordenanzas 5.295 y sus modificatorias de la Municipalidad de Rosario (Provincia de Santa Fe) con la ley convenio 23.548.

Para así decidir, manifestó que el tributo local encuadra dentro de las excepciones a la prohibición de analogía del art. 9º, inc. b), de la ley de coparticipación, debido a que ya estaba vigente con anterioridad al 31 de diciembre de 1984 y su destino sigue afectado a obras y/o inversiones contempladas en las normas de su creación.

Adujo que la contribución en crisis fue gestada por la ordenanza 2.526/80, y mantenida por sus similares 3.573/83, 4.008/85, 4.749/89, 5.002/90, 5.055/91 y la ya citada 5.295/92 con sus modificatorias 5.970/95 y 7.111/00. En tal sentido, puntualizó que, del cotejo de esas normas y del estudio de las pruebas realizadas, se desprende que se trata de idéntico gravamen cuyo destino es razonablemente el mismo para el que fue creado, esto es la renovación, ampliación y mantenimiento de las redes de gas dentro del municipio, a la par que financiar la construcción de viviendas allí.

- II -

Central Térmica Sorrento S.A., en disconformidad con lo resuelto, interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 800/810 vta.

Sostuvo que se está ante una controversia que constituye un caso jurisdiccional, en el que se discute la potestad tributaria de la municipalidad de Rosario para cobrar la gabela indicada, por estar en pugna con la ley 23.548. Agregó que la resolución de la CFI, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el art. 11, inc. d), de esa ley es definitiva a su respecto, ya que resulta irreversible por vía de acción o de otro recurso, y que de ella depende el derecho del contribuyente para repetir el gravamen y repeler determinaciones tributarias.

En torno al fondo del asunto, señaló que el tributo criticado es un impuesto indirecto que grava el consumo de gas, y que contraviene lo prescripto en el inc. b) del art. 9º de la ley de coparticipación en cuanto las provincias asumieron la obligación por sí y por sus municipios de abstenerse de establecer impuestos análogos a los nacionales coparticipados. Adujo que no se dan las condiciones para encuadrarlo como un tributo preexistente, que regía antes del 31 de diciembre de 1984 y con afectación a obras e inversiones dispuestas por las normas de su creación, ya que su destino fue cambiado en las sucesivas prórrogas.

- III -

Creo que resulta esencial destacar, desde el inicio, que el actual sistema de coparticipación federal de impuestos reposa bajo el esquema de "leyes convenio", cuya

arquitectura, como lo dicta la Constitución Nacional, debe ser sancionada por el Congreso, siendo el Senado la cámara de origen, y sobre la base de acuerdos previos entre la Nación y las provincias. Es decir, que son dichos entes estatales signatarios -con sus respectivos fiscos- los involucrados en ese método y quienes en consecuencia quedan recíprocamente obligados a darle andadura mediante su cabal cumplimiento.

Este Ministerio Público señaló, en el dictamen de la causa de Fallos: 327:1051, que V.E. hizo mérito, en diversas oportunidades, de los pactos que constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, tendientes a establecer, mediante la participación concurrente del Estado Nacional y de las provincias, un programa destinado a adoptar una política uniforme en beneficio de los intereses nacionales y locales. Así, en Fallos: 322:1781 -con cita de Fallos: 178:9- ponderó la vocación de la Constitución Nacional, creadora de “una unidad no por supresión de las provincias ... sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma”, consagrando el principio de “hacer un solo país para un solo pueblo”.

Es indudable que el sistema de coparticipación constituye una herramienta indispensable del federalismo fiscal argentino, de ya larga tradición en nuestro derecho positivo, inaugurada en 1935, a partir de la sanción de la ley 12.139, de unificación de impuestos internos, y cuyo diseño más moderno se aprecia desde la vigencia de la ley 20.221 -con sus modificatorias-, de coparticipación tributaria unificada, antecedente inmediato del plexo normativo que actualmente se halla en vigor. Su función primera es contribuir al logro de la coordinación vertical de competencias tributarias entre los distintos niveles de gobierno de nuestro Estado federal (art. 1º de la Constitución Nacional).

Los problemas y las asimetrías que puede acarrear el ejercicio de facultades impositivas concurrentes entre la Nación y las provincias -con sus municipios- fueron advertidos por V.E. ya desde el precedente de Fallos: 149:260, del 28 de septiembre de 1927. Señaló allí que “no obstante el armónico equilibrio que doctrinariamente supone el funcionamiento regular de las dos soberanías, nacional y provincial, en sus actuaciones respectivas dentro del sistema rentístico de la Constitución, no puede desconocerse que su régimen efectivo determina una doble imposición de gravámenes con la que se afectan en determinadas circunstancias importantes intereses económicos y se originan conflictos de jurisdicciones fiscales que no siempre es dado dirimir con la eficacia debida. De allí la constante requisición colectiva traducida en múltiples estudios y proyectos tendientes a la modificación o mejor aplicación del sistema rentístico, iniciativas que abarcan desde la reforma de la Constitución hasta la nacionalización de los impuestos en cuanto a su

percepción, a base de coparticipaciones proporcionales y equitativas entre la Nación y los Estados Federales”.

Quiero destacar que, en lo modular, nuestro régimen de coparticipación se basa en un convenio entre partes, esto es el Estado Nacional y las provincias, del cual se desprenden derechos y obligaciones para ellas en tanto signatarias de aquél, que si bien surgen de todo el articulado legal, en especial están concentrados en el capítulo II de la ley 23.548, denominado “Obligaciones emergentes del régimen de esta ley”.

Mas es preciso poner de relieve, a la par de lo anterior, que de ese régimen, en tanto se plasma en definitiva en un entramado legal -ley nacional y las respectivas leyes locales de adhesión- que involucra la distribución de ciertos tributos nacionales y las correspondientes obligaciones provinciales adquiridas con relación a sus propios sistemas tributarios, derivan derechos para terceros en calidad de contribuyentes de los fiscos involucrados. En concreto, respecto de la obligación asumida por las partes contratantes de abstenerse de establecer tributos locales análogos a los nacionales coparticipados y observar pautas uniformes relativas a los impuestos sobre los ingresos brutos y de sellos (art. 9º, inc. b, de la ley citada), resulta claro, a mi modo de ver, que de la vigencia de este pacto se genera un derecho para los contribuyentes de los fiscos adheridos (arg. Fallos: 321:362).

V.E. dejó de lado hace ya tiempo las conclusiones de la doctrina expresada en antiguos precedentes (arg. de Fallos: 183:160; 185:140; 186:64; 201:202; 204:63; 205:131; 208:414; 210:276; 242:280; 251:180 y 262:367) en la cual dejaba traslucir que los contribuyentes de tributos locales no adquirían un derecho al amparo de un compromiso en el cual no habían sido parte, debido a que el sistema de coparticipación no implicaba que las provincias se hubieran despojado de sus facultades impositivas en ciertas materias y otorgado a los particulares, correlativamente, el derecho a no ser gravados de determinadas formas, sino que únicamente suponía que si la provincia ejercitaba sus competencias constitucionales en contravención al régimen pactado, podría ser cuestionado su derecho a participar del producido de la recaudación de los impuestos nacionales involucrados.

En efecto, a partir de los precedentes de Fallos: 307:1993; 308:2153; 314:1797; 316:2183 y 2206; 321:362 y 2501; 327:1051, 1083 y 1108 -por señalar sólo algunos pronunciamientos de la doctrina actual-, es claro que las limitaciones asumidas por las provincias generan una serie de condicionamientos para la configuración normativa de sus tributos, que paralelamente se tornan exigibles por los particulares en su carácter de contribuyentes cuando son afectados por ellos.

A mi modo de ver, dejado en claro lo anterior, la cuestión aquí debatida se centra en la procedencia de las vías para discutir y decidir si los gravámenes locales

establecidos por alguna de las partes contratantes se adecuan o no a los lineamientos del complejo de normas que conforman el régimen de coparticipación federal.

- IV -

Sentado lo relativo a los derechos que asisten a los contribuyentes en el sistema de coparticipación, corresponde poner de resalto el papel que cumple la CFI dentro de la economía de la ley 23.548. En síntesis prieta, destaco que las partes involucradas de manera primordial en el sistema de coparticipación, es decir la Nación y cada una de las provincias adheridas a él, han aceptado que sea ese organismo el que, en determinados supuestos, dirima cuestiones controvertidas entre ellas.

Especial importancia cobra la referida prohibición de establecer tributos locales análogos a los nacionales coparticipados, que es la que motivó a la firma contribuyente a realizar sus presentaciones ante la CFI, entidad que puso en funcionamiento la competencia que deviene del inc. d) del art. 11 de la ley, norma que guarda estrecha relación con lo dispuesto por los arts. 12, 13 y 14, y cuya inteligencia no puede ser desentrañada sino mediante una adecuada exégesis conjunta de sus disposiciones.

En efecto, en mi dictamen del 15 de junio de 2007, en la causa M.2694, L.XLI “Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Provincia de San Juan s/ IVA a las emisoras de radiodifusión y servicios complementarios; pagos a cuenta”, indiqué que el inc. d) del art. 11 de la ley 23.548 es el que habilita a la CFI para “decidir” si los gravámenes -nacionales o locales- “se oponen o no” y, en su caso, en qué medida a la ley convenio. Para comprender en su cabal medida el alcance de esta competencia, creo indispensable remarcar cuáles son las consecuencias normativas que, para esas mismas “decisiones”, fijan seguidamente los arts. 12 y 13.

El art. 12 establece que lo resuelto por esa comisión será obligatorio para la Nación y las provincias adheridas, salvo que proceda alguna de las vías de revisión previstas al efecto.

El segundo párrafo del art. 13 prevé que si la jurisdicción afectada no cumple con lo decidido, la CFI -a modo de sanción- “dispondrá lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a aquélla los importes que le correspondan sobre el producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión del Organismo”.

Desde mi perspectiva, el análisis conjunto de estos tres preceptos se impone

pues sólo así podrá realizarse el principio hermenéutico sentado firmemente por la Corte, con arreglo al cual la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada norma sólo por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se entiendan tomando en cuenta los fines de las demás y considerárselas como dirigidas a colaborar, en su ordenada estructuración, para que las disposiciones imperativas no estén sujetas a merced de cualquier artificio dirigido a soslayarlas en perjuicio de quien se tuvo en mira proteger (Fallos: 294:223).

En definitiva, y como dije en el dictamen recién señalado, el sentido y alcance del art. 11, inc. d), de la ley 23.548 queda expuesto con claridad: la privación de la transferencia (art. 13) reconoce su causa exclusiva en la trasgresión del deber de abstenerse de aplicar tributos locales análogos a los que se coparticipan (arts. 8º y 9º, inc. b), y por el incumplimiento de la “*decisión*” de la CFI que verificó tal extremo (art. 12).

A mi modo de ver, la CFI resulta competente para entender sobre tales cuestiones, a tenor del ya citado art. 11, inc. d), de la ley referida, en tanto expresa que puede decidir de oficio, o a pedido de la Nación, de las provincias o de las municipalidades, si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no -y en su caso en qué medida- a las disposiciones de la ley del sistema. Y agrega, en su segundo párrafo que “En igual sentido, intervendrá a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas”, añadiendo que ello es así sin perjuicio “de las obligaciones de aquéllos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes”.

Como quedó expresado rotundamente en el precedente de Fallos: 302:150, tales decisiones de la CFI “buscan establecer si la legislación tributaria de determinada jurisdicción, independientemente de sus casos de aplicación concreta, satisface o no el sistema de la ley 20.221” –en este caso, de la 23.548- (el resaltado me pertenece).

Considero prudente advertir, entonces, que las decisiones de la CFI no tienen la misma eficacia jurídica para las jurisdicciones parte del sistema que para los contribuyentes de los fiscos involucrados. Circunstancia cuyas consecuencias examinaré seguidamente.

- V -

En lo que ahora interesa, en forma concreta, tal como surge del relato efectuado en los acápite I y II del presente, este expediente tuvo su origen en una denuncia realizada por la empresa Central Térmica Sorrento S.A. ante la CFI, en la que alegaba que la Municipalidad de Rosario había establecido un tributo que se encontraba en pugna con las prescripciones de la ley de coparticipación federal de impuestos. Es decir que, mediante el mecanismo señalado, se puso marcha un dispositivo tendiente a verificar el cumplimiento de la obligación asumida

por la provincia de Santa Fe -por sí y por sus municipios- de abstenerse de establecer tributos análogos a los nacionales coparticipados, con las salvedades fijadas por la propia ley.

Realizados los pasos pertinentes regulados por el reglamento de la CFI, previsto por los arts. 10 y 11 de la ley 23.548, ésta concluyó en que la gabela criticada no se hallaba en oposición al régimen de coparticipación federal de impuestos y dio así por terminada su actuación.

El recurso extraordinario interpuesto por la contribuyente a fs. 800/810, en los términos del art. 12, *in fine*, de la ley 23.548, obliga a examinar, como paso previo e insalvable, su procedencia formal.

A mi modo de ver, debe advertirse de manera preliminar que la recurrente no puede ser considerada “parte” en las actuaciones ante el organismo señalado, circunstancia que obsta a considerar que en estas actuaciones nos encontramos ante un “caso” o “causa” a su respecto.

Es doctrina inconcusa del Tribunal que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:51, 444; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397; 326:1007, entre muchos otros), requisito que ha de observarse rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes.

También ha señalado V.E., en la sentencia de Fallos: 326:1007, donde compartió la tesis de este Ministerio Público, que la existencia de “caso” o “causa” presupone la de “parte”, es decir, de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En otros términos, en Fallos: 311:1435 (considerando 5º, a *contrario sensu*) y 324:333, ha sostenido que se configurará una causa judicial atinente al control de constitucionalidad de preceptos legales infraconstitucionales cuya decisión es propia del Poder Judicial, siempre y cuando se produzca un perjuicio concreto al derecho que asiste a quien legítimamente lo invoca.

La aplicación de estas claras pautas al caso presente me llevan, como adelanté, a señalar que la recurrente no puede ser considerada “parte” en esta controversia, ni tampoco que lo resuelto por la CFI le afecte de manera definitiva en sus derechos.

Por un lado, puesto que el art. 12 de la ley establece claramente que la obligatoriedad de las decisiones de la CFI se limita a “la Nación” y a “las provincias adheridas”, sin extenderla respecto de los contribuyentes que hayan podido intervenir en las actuaciones realizadas ante dicho organismo.

El art. 13, a su turno, se refiere a “la jurisdicción afectada” por lo decidido por la CFI en cuanto al plazo que otorga para que ella informe acerca de las medidas que haya

adoptado para cumplir con lo resuelto. Es decir que la ley de coparticipación no prevé ninguna consecuencia jurídica para la situación de los contribuyentes afectados por la situación tributaria que se ha debatido en el seno del organismo fiscal federal.

En tal sentido, observo que yerra la recurrente cuando afirma que de lo decidido por la CFI en estas actuaciones depende su derecho a repetir el gravamen cuestionado o a repeler determinaciones tributarias.

Por el contrario, de acuerdo con lo señalado en el acápite anterior, *in fine*, la actuación de la CFI se circunscribe a establecer la compatibilidad de la legislación tributaria local, con independencia de los casos concretos de aplicación a un determinado contribuyente, supuesto que excede con creces la actuación legalmente conferida a dicho organismo.

En tercer lugar, puesto que aun cuando la CFI concluyera en que efectivamente hay una imposición análoga a la nacional coparticipable y, por ende, que se viola el régimen de la ley 23.548, ello no favorecería automáticamente al contribuyente, dicho ello con independencia de que haya participado o no en los trámites llevados a cabo ante ella. En efecto, el art. 14 expresa que dichos particulares afectados podrán reclamar judicial o administrativamente la devolución del tributo pagado ante los respectivos fiscos, en la forma en que lo determine la legislación local pertinente.

Entiendo que en tal inteligencia se inscribe lo señalado por V.E. en el precedente de Fallos: 302:150 al remitir al dictamen de este Ministerio Público, en cuanto a que mediante este tipo de decisiones de la CFI no se resuelven controversias justiciables respecto de los particulares.

En autos -hay que recalcarlo- no se ha dictado un pronunciamiento de condena ni uno declarativo en contra del contribuyente, ni se ha zanjado una controversia cierta y determinada entre éste y el fisco municipal mencionado, sino que se ha resuelto que la legislación tributaria del municipio, independientemente de sus casos de aplicación concreta -insisto en el punto-, satisface el sistema de la ley 23.548. Así las cosas, el particular conserva la pertinente legitimación para promover, por las vías oportunas, una causa donde se ventile lo que corresponda a su respecto.

En otras palabras, lo aquí decidido por la CFI no resulta óbice para que la recurrente pueda hacer valer sus derechos, administrativa y/o judicialmente ante quien corresponda, con relación al alegado incumplimiento de la ley de coparticipación federal de impuestos en cuanto a los concretos actos de imposición por parte de la Municipalidad de Rosario en ejercicio de las ordenanzas cuestionadas.

Por ende, para Central Térmica Sorrento S.A., la resolución del Pleno de la CFI

no deviene en una decisión definitiva, exigencia que es insalvable para la actuación del Tribunal por la vía del art. 14 de la ley 48.

- VI -

Por lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde declarar la improcedencia formal del recurso extraordinario deducido.

Buenos Aires, 15 de agosto de 2008.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Central Térmica Sorrento S.A. c / Municipalidad de Rosario, Provincia de Santa Fe".

Considerando:

1º) Que el Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos, mediante la resolución 111/2006 (fs. 766/774), al rechazar la revisión solicitada por Central Térmica Sorrento S.A., confirmó la resolución 332/2005 del Comité Ejecutivo de ese organismo, por la que se desestimó la denuncia formulada por esa empresa, según la cual el tributo establecido por la ordenanza 5295 y sus modificatorias de la Municipalidad de Rosario, se encontraba en pugna con la ley 23.548 de coparticipación federal de recursos fiscales.

Para pronunciarse en el sentido indicado, la Comisión Federal de Impuestos consideró, en síntesis, que ese tributo tiene cabida en las excepciones a la prohibición de analogía del art. 9º, inc. b, de la mencionada ley de coparticipación, debido a que se trata del mismo gravamen que se encontraba vigente con anterioridad al 31 de diciembre de 1984, y su producto continuó afectado a obras e inversiones contempladas en la norma de su creación, máxime al resultar imposible escindir razonablemente los destinos específicos mencionados en los planes de obras

públicas.

2º) Que contra tal resolución, Central Térmica Sórrento S.A. interpuso recurso extraordinario que, contestado por la Municipalidad de Rosario y por la Provincia de Santa Fe, fue concedido a fs. 865/883 por el Comité Ejecutivo de la Comisión Federal de Impuestos.

3º) Que el procedimiento llevado a cabo ante el mencionado organismo tiene por objeto establecer si un gravamen se opone y, en su caso, en qué medida, a las disposiciones de la ley convenio (confr. art. 11, inc. d, de la ley 23.548). Es decir, no constituye su finalidad decidir una controversia entre un fisco y un contribuyente que pueda encontrarse alcanzado por las disposiciones tributarias que aquél aplica. Tal como lo señaló el Tribunal en el precedente de Fallos: 302:150 –al remitirse al dictamen del entonces señor Procurador General– si bien la ley otorga participación al contribuyente, facultándolo a provocar un pronunciamiento de la Comisión Federal de Impuestos, tal participación no apunta a tutelar su derecho subjetivo, sino que está prevista en aras de procurar un mecanismo ágil de supervisión del comportamiento de los fiscales comprometidos, pues las decisiones de ese organismo, de la naturaleza de la impugnada en estas actuaciones, buscan establecer si la legislación tributaria de determinada jurisdicción se adecua al sistema de coparticipación, independientemente de los casos de su aplicación concreta.

4º) Que al respecto cabe destacar que la ley 23.548 dispone que los contribuyentes afectados por tributos que sean declarados en pugna con el régimen de esa ley, podrán reclamar judicial o administrativamente ante los respectivos fiscales, en la forma que determine la legislación local pertinente, la devolución de lo abonado por tal concepto, sin necesidad de concurrir previamente a la Comisión Federal de Impuestos (art. 14).

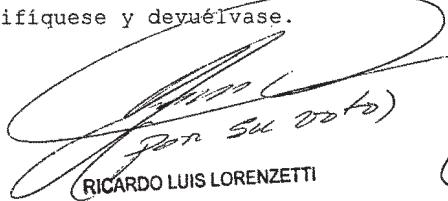
En concordancia con ello, el inc. d, del art. 11, al prever que los contribuyentes puedan solicitar la intervención de la Comisión Federal, aclara que ello es "sin perjuicio de las obligaciones de aquéllos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes". Por lo tanto, no es esta clase de procedimientos, sustanciados ante ese organismo, el ámbito en el que deba decidirse sobre la existencia o alcance de tales obligaciones.

5º) Que, en síntesis, y como lo señaló el Tribunal en el mencionado precedente de Fallos: 302:150, no puede considerarse que la resolución contra la que se interpuso el recurso extraordinario sea un acto de contenido judicial que decida una controversia cierta y determinada entre litigantes.

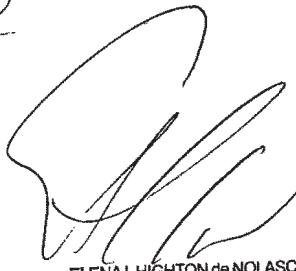
6º) Que por lo demás, la Corte comparte lo expresado en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, en cuanto a que lo resuelto por la Comisión Federal de Impuestos no obsta a que el recurrente pueda hacer valer sus derechos por las vías administrativas o judiciales que correspondan con relación al alegado incumplimiento de la ley de coparticipación federal de impuestos en lo atinente a los concretos actos de imposición de la Municipalidad de Rosario.

7º) Que con relación a ello cabe puntualizar que si bien el art. 12 de la ley 23.548 hace referencia a la posibilidad de interponer recurso extraordinario contra las resoluciones de la Comisión Federal de Impuestos, tal posibilidad no implica una ampliación de las hipótesis previstas en el art. 14 de la ley 48, desde que tal apelación está prevista, precisamente, "con arreglo" a dicho art. 14.

Por ello, de conformidad —en lo pertinente— con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario planteado. Costas por su orden en razón de la naturaleza y complejidad de la materia discutida. Notifíquese y devuélvase.



(Por su voto)
RICARDO LUIS LORENZETTI



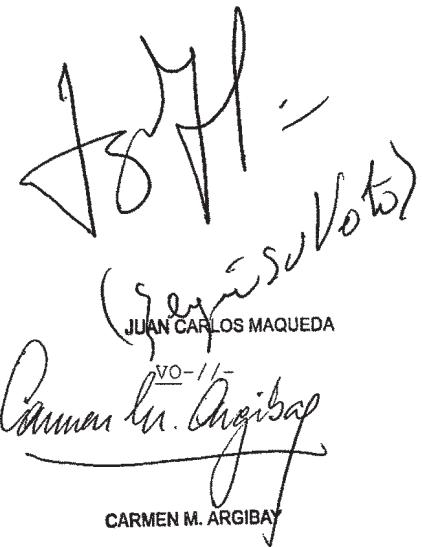
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



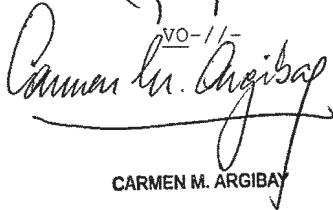
ENRIQUE S. PETRACCHI



Su voto
E. RAUL ZAFFARONI



(Por su Voto)
JUAN CARLOS MAQUEDA



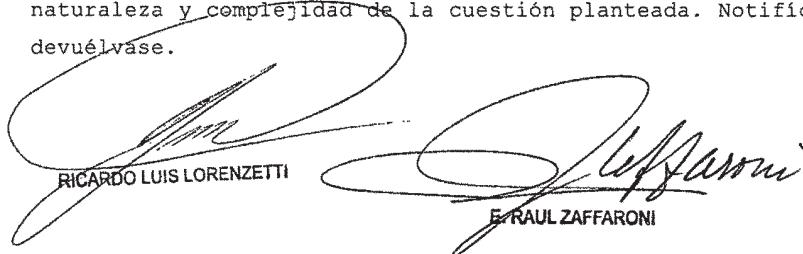
VO-11-
CARMEN M. ARGIBAY

-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el Tribunal comparte y hace suyos los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, se declara la improcedencia formal del recurso extraordinario interpuesto. Costas por su orden en atención a la naturaleza y complejidad de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI
E. RAÚL ZAFFARONI

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que el plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos, mediante la resolución 111/06, al rechazar la revisión solicitada por Central Térmica Sorrento S.A., confirmó la resolución 332/05 del Comité Ejecutivo de ese organismo, por la cual se desestimó la denuncia formulada por esa em-

presa, según la cual el tributo establecido por la ordenanza 5295 y sus modificatorias de la Municipalidad de Rosario, se encontraba en pugna con la ley 23.548 de coparticipación de recursos fiscales.

A tales efectos, la Comisión Federal de Impuestos consideró que ese tributo tiene cabida en las excepciones a la prohibición de analogía del art. 9º, inc. b, de la mencionada ley de coparticipación, debido a que se trata del mismo gravamen que se encontraba vigente con anterioridad al 31 de diciembre de 1984, y su producto continuó afectado a obras e inversiones contempladas en la norma de su creación, máxime al resultar imposible escindir racionalmente los destinos específicos mencionados en los planes de obras públicas.

2º) Que, contra lo así decidido, Central Térmica Sorrento S.A. interpuso recurso extraordinario a fs. 810/820 vta. que fue contestado por la Municipalidad de Rosario y por la Provincia de Santa Fe y fue concedido por la Comisión Federal de Impuestos mediante la resolución 362/06 de su Comité Ejecutivo (fs. 865/883).

3º) Que, en primer término, se impone señalar que no resulta aplicable al caso la doctrina de Fallos: 321:2208 ("Provincia de Río Negro"); F.639.XL "Compromiso Federal - Fondo Nacional de la Vivienda - FONAVI" y P.1763.XL "Provincia de San Juan - Ley 24.625 - prórroga Ley 25.064", falladas en la fecha, ya que, a diferencia de lo que ocurría en esos precedentes, los planteos formulados en el sub examine no exponen un conflicto entre una provincia y el Estado Nacional que pueda encauzarse en un juicio en el que esta Corte ejerza jurisdicción originaria y exclusiva, de acuerdo con lo establecido en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. En efecto, la resolución dictada por la Comisión Federal de Impuestos ha sido consecuencia de la denuncia formulada por la Central Térmica Sorrento S.A., quien durante el curso de las actuaciones administrativas asumió, exclusivamente, el carácter de contendiente de la Provincia

de Santa Fe (confr. fs. 1/24, 735/739 y 800/810) y la Municipalidad de Rosario, que actuó en carácter de coadyuvante. Ninguna intervención le cupo en este procedimiento ni al Estado Nacional ni a las restantes provincias adheridas al régimen federal de coparticipación, quienes no manifestaron interés en participar en la controversia no obstante estar fehacientemente anoticiados de su existencia y de las decisiones adoptadas (confr. fs. 716/738, 743/744, 791/809, 827/828 y 833).

4º) Que, ello aclarado, resulta prioritario examinar si el asunto traído ante esta Corte constituye un "caso" o "controversia" que habilite el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. Ello es así por cuanto la comprobación de que existe un "caso", constituye un recaudo básico e ineludible, de neto rai-gambre constitucional, que reconoce su origen en la división de poderes. Se ha dicho que: "Ningún principio es más fundamental para el adecuado cumplimiento del rol de la judicatura en nuestro sistema de gobierno que la limitación constitucional de la jurisdicción de los tribunales federales a concretos casos o controversias" (*Fallos: 321:1252 y sus citas*).

5º) Que la necesidad de la existencia de un caso surge de los artículos 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la Constitución Nacional, en 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 la 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 el citado art. 100 (hoy 116), en el artículo 2º de la ley 27 se 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- (Fallos: 322:528). Tales causas, son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan (Fallos: 307:2384; 317:335).

6º) Que la ley de coparticipación 23.548 estableció una serie de obligaciones a la que deben sujetarse las provincias -y la Nación en lo pertinente- con el fin de obtener el armónico funcionamiento del sistema de competencias tributarias y lograr un reparto equitativo del producido de los impuestos nacionales que integran dicho mecanismo. Esta ley convenio -que, a partir de su ratificación por las legislaturas locales, hace parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público local ("Papel Misionero", Fallos: 332:1007, del 5/5/09)- también impone ciertas obligaciones a jurisdicciones provinciales, como la de abstenerse de crear gabelas locales análogas a las nacionales o la de adecuar ciertos impuestos (como el de sellos y sobre los ingresos brutos) a determinadas pautas unificadoras, a fin de evitar la dispar regulación de estos tributos en las provincias.

7º) Que de este régimen no solo se desprenden derechos y obligaciones para las jurisdicciones adherentes sino que también resultan de él derechos ciertos a favor de los contribuyentes, que quedan amparados contra una eventual imposición de tributos locales, cuando estos se superponen con los nacionales o no se adecúan a las pautas a las que las provincias voluntariamente se sometieron al ratificar la ley convenio (confr. Fallos: 307:1993; 308:2153; 314:1797; 316:2183; 321:362; 327:1051; entre otros).

8º) Que, en el marco de esta normativa orientada a consagrar un federalismo fiscal de concertación fue concebida la Comisión Federal de Impuestos, organismo intrafederal que no depende de ningún otro, sea federal o provincial y cuya actuación es independiente de las partes de la ley convenio, que no ejerzan sobre él ningún tipo de control. Entre las funciones que le

fueron asignadas se destaca la de decidir de oficio o a pedido del Ministerio de Nación, de las provincias o de las municipalidades, los contribuyentes o asociaciones reconocidas si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no y, en su caso, en qué medida, a las disposiciones de la Ley de Coparticipación (confr. artículo 11, inc. d, de la ley 23.548). Sus resoluciones son obligatorias para la Nación y las provincias adheridas y contra ellas solo procede el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con arreglo al artículo 14 de la ley 48 (confr. art. 12). Si no son cumplidas en el plazo establecido a esos efectos, la Comisión puede disponer lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a la jurisdicción incumplidora, los importes que le correspondan sobre el producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a su decisión (art. 13, segundo párrafo).

9º) Que en el caso de los contribuyentes, al recurrir ante la Comisión Federal de Impuestos para plantear la colisión de una norma local con la ley convenio, lo que pretenden es el dictado de una decisión que lo habilite a repetir el impuesto declarado en pugna con el sistema legal de coparticipación. En este sentido, no puede soslayarse que en el capítulo III de la ley 23.548, además de enunciarse las potestades del órgano de fiscalización y control y establecerse un sistema de resolución de controversias, expresamente se dispone que "...Los contribuyentes afectados por tributos que sean declarados en pugna con el régimen de la presente ley, podrán reclamar judicial o administrativamente ante los respectivos fiscos, en la forma que determine la legislación local pertinente, la devolución de lo abonado por tal concepto sin necesidad de recurrir previamente ante la Comisión Federal de Impuestos..." (confr. art. 14).

De manera que el contribuyente se encuentra frente a un derecho específico dimanante del carácter declarativo de la decisión de la Comisión y no meramente ante una declaración abstracta sin consecuencias jurídicas que lo afecten, pues de lo resuelto por aquella dependerá ciertamente su posibilidad de re-

petir o no el tributo que discute por considerarlo en pugna con la ley de coparticipación. Es decir que la decisión de la Comisión Federal de Impuestos determina una consecuencia jurídica ineludible, pues solo obteniéndola en sentido positivo el interesado ve legalmente reconocido su derecho de repetición, en la medida que se sustente exclusivamente en la incompatibilidad de la pretensión impositiva con la ley convenio (confr. art. 14 de la ley 23.548 y Fallos: 303:2069; 312:358). Si, por el contrario, la declaración de la Comisión se da en sentido negativo al reclamo, la consecuencia jurídica que genera es de signo opuesto y queda sellada la posibilidad de perseguir la repetición del tributo por encontrarse en pugna con la ley de coparticipación. Esta interpretación es, por lo demás, la que mejor respeta el rol que las propias jurisdicciones adherentes al régimen pretendieron asignar al organismo de fiscalización y control en la ejecución del sistema de coordinación tributaria.

10) Que el recurso extraordinario deducido en los términos del artículo 12 de la ley 23.548 –disposición sobre cuya validez no han existido cuestionamientos en autos– se dirige contra una decisión de la Comisión Federal de Impuestos que, al aplicar en el caso concreto el derecho contenido en la ley convenio, reguladora del régimen de coparticipación, y rechazar la impugnación del tributo local, ejerció funciones jurisdiccionales y puso solución definitiva a la controversia suscitada entre el contribuyente y la Municipalidad de la Ciudad de Rosario, sin que tal temperamento pueda revisarse por vía de acción o de recurso (confr. Fallos: 301:594, 1152 y 1226; 306:455; 312:1682; 330:2711, entre otros).

11) Que no obstante ello, el remedio federal resulta improcedente por cuanto los planteos formulados se orientan exclusivamente a cuestionar el alcance asignado a leyes convenio –entre las que cabe incluir el régimen de coparticipación y el establecido en el Pacto Federal para la Producción, el Empleo y el Crecimiento, en sus respectivas ratificaciones locales por

medio de la legislatura provincial- que hacen parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público provincial (Fallos: 316:324 y 327 y "Papel Misionero", Fallos: 332:1007), por lo que la revisión de lo decidido resulta, por regla, ajena a la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48.

Por otra parte, tampoco se observa que lo decidido por la Comisión Federal de Impuestos resulte pasible de tacha alguna, por cuanto efectuó una interpretación razonable de los hechos y la normativa sometida a su consideración, lo que impide su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitriedad.

Por todo lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario deducido. Costas por su orden atento a la complejidad de la materia debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso extraordinario interpuesto por Central Térmica Sorrento S.A., representada por el Dr. Osvaldo O. Collomb, con el patrocinio letrado del Dr. Wilfredo Scarpello.

Traslados contestados por la Municipalidad de Rosario, representada por el Dr. Carlos A. Bacqué; y por la Provincia de Santa Fe, representada por el Dr. Juan C. Carbone.

Tribunal de origen: Comisión Federal de Impuestos.

DELGADO, ORLANDO ANTONIO Y OTRO
S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO ETC. - CAUSA N° 28192/07-*PRINCIPIO DE CONGRUENCIA*

Si en el requerimiento fiscal de elevación a juicio se imputó a los encartados el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párrafo tercero, en función del primero, del Código Penal) pero la pretensión fiscal quedó ceñida a la imputación por abuso sexual simple (art. citado, párrafo primero), por haberse descartado -por insuficiencia probatoria- la existencia de penetración, corresponde dejar sin efecto la decisión del superior tribunal provincial que casó la sentencia y condenó por abuso sexual agravado, ya que al volver a incluir la penetración como aspecto integrante del hecho endilgado, modificó el supuesto de hecho incluyendo en él una circunstancia agravante que dio sustento a la calificación más gravosa finalmente adoptada y tal modificación resultó sorpresiva para la defensa, reincorporando a la base fáctica de reproche una circunstancia que la asistencia técnica de los imputados había dejado de tener en consideración a partir de la acusación fiscal en el debate.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

La Cámara en lo Criminal de la ciudad de Mercedes, provincia de Corrientes, resolvió absolver a O A D y a M J L de la infracción al artículo 119, primera parte, del Código Penal sobre cuya base el ministerio público había requerido pena (fs. 345/352, de los autos principales).

Por su parte, el Superior Tribunal correntino, al entender del recurso de casación interpuesto por la fiscalía, revocó esa sentencia y los condenó como autor y cómplice secundario, respectivamente, del delito previsto y reprimido en el artículo 119, tercera parte en función de la primera, de aquél digesto sustancial y les impuso la pena de seis y dos años de prisión que, en el caso de L , dejó en suspenso (fs. 375/382).

Contra esa decisión, la defensa de D interpuso la apelación extraordinaria que, al ser denegada a fojas 424/5, motivó la presente queja.

II

En la impugnación federal de fojas 400/411, y en lo que aquí será motivo de tratamiento, el recurrente sostuvo que la invocación del principio *iura novit curia* no basta para dictar una sentencia condenatoria por un delito más grave que el requerido por el fiscal de juicio, en la medida que se afecta la regla de congruencia como subyacente al derecho de defensa en juicio.

III

Si bien asiste razón al *a quo*, en cuanto concluyó que por aplicación de aquel principio los jueces se encuentran autorizados a calificar el hecho en la forma que les parezca más ajustada a derecho, aún incluso de forma más grave que la pretendida por el Ministerio Público Fiscal, ello sólo será posible en la medida que no resulte alterado el presupuesto fáctico sobre el que el imputado ejerció su defensa (conf. fojas 382).

Precisamente, esta última condición es la que, a mi modo de ver, se omitió considerar en el caso, en tanto que la calificación sostenida por el Superior Tribunal provincial implicó, en una instancia netamente recursiva, una modificación de la plataforma fáctica.

No dejo de advertir que ese encuadre legal fue el que motivó la elevación de la causa a juicio, pero a mi entender, y en atención a las particularidades que se han presentado, ello no basta para suplir la deficiencia apuntada ya

que esa tipificación fue dejada de lado por el fiscal de juicio al requerir pena al cabo del debate, por la sentencia liberatoria dictada y, posteriormente por el mismo representante del ministerio público al iniciar la vía casatoria, lo que también me permite sostener, en esta línea de ideas, la imprevisibilidad de la cuestión para el ejercicio de la defensa (conf. Fallos: 331:2343).

En definitiva, y como consecuencia de la peculiaridad señalada, estimo que resultan de aplicación al *sub examen*, los argumentos expuestos en el dictamen de esta Procuración General (apartado III, punto 3.) que informaron la decisión de V.E. al resolver el caso publicado en Fallos: 329:4634, que doy aquí por reproducidos, en lo pertinente y en beneficio de la brevedad.

Estimo que ello es así, en la medida que el cambio operado en la subsunción legal no sólo afectó las garantías judiciales de los acusados por la alteración de la imputación sino que también, y a raíz de ello, comprometió la estrategia defensiva en esa instancia.

IV

En tales condiciones, resulta innecesario el análisis de los otros agravios traídos por la defensa, pues la sentencia reviste arbitrariedad en el punto señalado, lo que me lleva a concluir, sin que esto signifique pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión, que V.E. debe hacer lugar a esta queja y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 30 de julio de 2012.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *18 de junio de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Orlando Antonio Delgado en la causa Delgado, Orlando Antonio s/ abuso sexual agravado, etc. –causa n° 28.192/07–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que, conforme surge de la propia sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes (fs. 375/382 vta. de los autos principales), en el requerimiento fiscal de elevación a juicio se imputó a los encartados Orlando Antonio Delgado y Mónica Juliana López como autor y partícipe secundario, respectivamente, del delito de abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, párrafo tercero, en función del primero, del Código Penal).

No obstante ello, la acusación de ese ministerio público al momento de alegar en el debate y su ulterior planteo en el recurso de casación contra la sentencia absolutoria descartaron –por insuficiencia probatoria– la existencia de penetración. De ese modo, la pretensión fiscal quedó ceñida a la imputación por abuso sexual simple de una niña menor de trece años (artículo 119, primer párrafo de la mentada ley de fondo).

2º) Que, el superior tribunal provincial, al tratar el mentado recurso, resolvió hacer lugar al mismo, casar la sentencia y condenar a los imputados como autor y partícipe secundario, respectivamente, de abuso sexual de una niña menor de trece años agravado por haber concurrido acceso carnal, indicando respecto de esta última circunstancia que ello no implicaba afectación al principio de congruencia pues se había mantenido inalterada la base fáctica (v. fs. 381 vta./382).

3º) Que, conforme lo señala el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, no asiste razón a la máxima instancia pro-

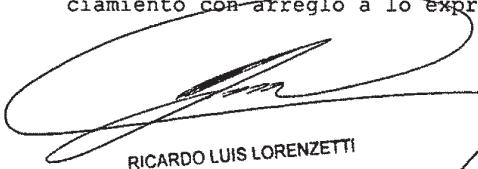
vincial sobre este punto, pues al volver a incluir la penetración como aspecto integrante del hecho endilgado, el tribunal a quo modificó el supuesto de hecho incluyendo en él una circunstancia agravante que dio sustento a la calificación más gravosa finalmente adoptada.

Dicha modificación —y esto es lo decisivo— ha resultado sorpresiva para la defensa (y ésta así lo alega en el remedio federal), pues la sentencia definitiva de la casación provincial ha reincorporado a la base fáctica de reproche una circunstancia que la asistencia técnica de los imputados había dejado de tener en consideración a partir de la acusación fiscal en el debate.

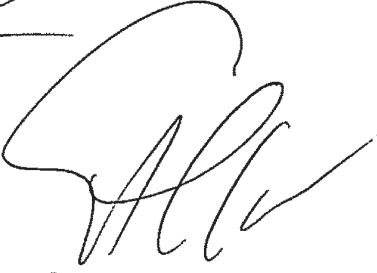
4º) Que, con respecto a los restantes agravios planteados por la recurrente, vinculados con la valoración que la casación provincial —a instancias de recurso fiscal— hiciera de los hechos y las pruebas del caso, así como la facultad de los tribunales de imponer una sanción mayor a la requerida por el fiscal, el recurso de hecho es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, de modo concordante con lo que en lo pertinente dictaminara el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y se deja sin efecto el pronunciamiento recurrido con el alcance indicado en los considerandos precedentes. Agréguese al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronun-

ciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

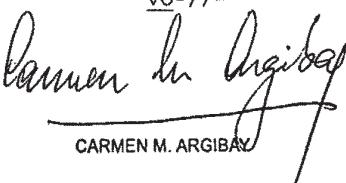


CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI

VO-11-



CARMEN M. ARGIBAY

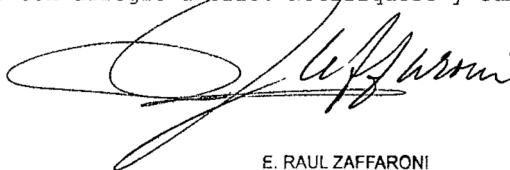
-///-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos y conclusiones se remite en razón de brevedad, con exclusión del primer párrafo del capítulo III del dictamen.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese al principal. Vuelvan los autos al tribunal de

origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a ello. Notifíquese y cúmplase.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso de hecho interpuesto por Orlando Antonio Delgado, con el patrocinio de María Alicia Colombi de Jaime, Defensora Oficial de Cámara de la III Circunscripción Judicial -Mercedes- de la Provincia de Corrientes.

Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Mercedes.

FERNÁNDEZ, ANA MARÍA S/CAUSA N° 17156

PRISION DOMICILIARIA

La sentencia que denegó la petición para que la recurrente cumpliera la pena de prisión bajo la modalidad el arresto domiciliario no sólo omitió el agravio referido a que la decisión estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía

no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad del arresto domiciliario pero incausadamente se omitió el análisis desde otra óptica no menos trascendente cual es la de determinar si el cambio pretendido, que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria.

-El juez Petracchi, en disidencia, consideró que los recursos extraordinarios que originaron las quejas eran inadmisibles (art. 280 CPCCN)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La presente queja, interpuesta en favor de Ana María Fernández, suscita el tratamiento de cuestiones idénticas a las tratadas en mi dictamen del día de la fecha en los autos F.74 XLI, "F., Ana María c/s/ causa 17.516 (Recurso de hecho deducido por la defensa de B.F.A)".

En virtud de lo allí dictaminado, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la resolución impugnada y -en aplicación de las atribuciones del artículo 16, última parte, de la ley 48-

conceder el arresto domiciliario solicitado.

Buenos Aires, 29 de MAYO de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE:

-I-

La sala de feria de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ana María F —al que el defensor *ad hoc* del niño B.F.A había adhuido en un todo— contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 que resolvió denegar la solicitud de prisión domiciliaria a favor de aquélla (fs. 42-48).

Para así decidir, la cámara —con la disidencia de la jueza Ledesma— analizó la procedencia de la prisión domiciliaria respecto de las madres de niños menores de cinco años, prevista en el artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660 y en el artículo 10 del Código Penal, ambos modificados por la ley 26.272. El tribunal entendió que, en la actualidad, ni la salud del niño ni la de su madre se encuentran en riesgo, que el Servicio Penitenciario cuenta con sectores apropiados para madres alojadas con hijos, que no existen pruebas de que la permanencia del niño en la unidad penitenciaria de Ezeiza haya perjudicado su salud física o psíquica y que la decisión de mantener al bebé consigo en la prisión pesa exclusivamente sobre su progenitora, habida cuenta de que su cónyuge podría hacerse cargo de él fuera de la cárcel. En la misma línea, afirmó que el niño B.F.A no se encuentra en situación de desamparo ni de inseguridad material o moral pues la crianza y cuidado del niño está a cargo de ambas integrantes de la pareja. Por estos argumentos, el tribunal *a quo* estimó que no se encuentran vulneradas garantías constitucionales ni los derechos previstos en la Convención de Derechos del Niño.

-II-

Contra este pronunciamiento, la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años de la Defensoría General de la Nación, en representación del niño B.F.A, interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación directa en examen (fs. 51-68, 71 respectivamente).

En su expresión de agravios, la recurrente alega que la sentencia de la cámara de casación es contraria al derecho federal que invocan, a saber, artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional, el principio del interés superior del niño (artículos 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), otros principios y obligaciones estatales relativas a la infancia (artículos 2.2, 4, 6, 7.1, 16, 24 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y un conjunto de derechos contemplados en los tratados enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución.

—III—

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de la Constitución Nacional y de tratados de derechos humanos enumerados en su artículo 75, inciso 22, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inciso 3, de la ley 48).

La resolución de la cámara de casación, por su parte, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, pues provoca en el niño B.F.A. un gravamen de imposible reparación ulterior. En efecto, el agravio de quien objeta la efectiva privación de su libertad en un establecimiento carcelario sin una sentencia judicial que lo haya condenado a cumplir una pena de prisión exige tutela inmediata, pues los perjuicios propios de la efectiva privación de la libertad no podrían ser reparados de manera suficiente y adecuada en otra oportunidad. En ese sentido, rige la doctrina de la Corte en materia de equiparación a sentencias definitivas de decisiones judiciales en que las que se encuentra comprometido el derecho a la libertad personal (cf., por ejemplo, Fallos: 329:679, 314:791, 308:1631).

—IV—

Ana María F. fue condenada a la pena de tres años y seis meses de prisión por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24. El 15 de noviembre de 2012 le solicitó a ese tribunal que le concediera la posibilidad de cumplir la pena bajo la modalidad de arresto domiciliario en virtud de que tenía un bebé, por ese entonces de seis meses de edad, que había padecido problemas de salud de tipo res-

piratorio con posterioridad a su nacimiento. En el mes de diciembre, el defensor de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años de la Defensoría General de la Nación solicitó que se concediera el arresto domiciliario con el fin de tutelar “el interés superior del niño” B.F.A. (fs. 160-1 del expediente 33/12, causa nº 17.156).

A raíz del rechazo de la solicitud de arresto domiciliario, desde el 21 de diciembre de 2012, B.F.A se encuentra alojado, junto a su madre, en la Unidad nº 31 del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. De acuerdo con el informe de situación de la Procuración Penitenciaria, el pabellón 16 en el que se encuentra el bebé carece prácticamente de luz natural, no cuenta con asistencia pediátrica, las paredes tienen humedad y se inundan los baños. Las madres deben bañar a los niños en brazos para evitar el contacto con insectos en virtud de que las fumigaciones no resultan efectivas (Informe de situación de la Procuración Penitenciaria de la Nación, fs. 234 y vta. del expediente 33/12). B.F.A., actualmente de un año de edad, ha pasado casi la mitad de su vida privado de su libertad junto a su madre, en esas condiciones, en una prisión para adultos.

La cuestión en litigio reside en determinar cuáles son los criterios que, a la luz del derecho federal aplicable, deben guiar la interpretación del juzgador al momento de conceder o denegar la solicitud de arresto domiciliario en el caso de madres con hijos pequeños. Por las razones que desarrollaré a continuación, entiendo que le asiste razón a la recurrente en el sentido de que la denegatoria del arresto domiciliario ha vulnerado derechos y garantías de B.F.A –en particular, su derecho a que se proteja su “interés superior”–, pues no se han adoptado las medidas que protegen, de la forma más adecuada, su derecho a la libertad personal y a desarrollarse en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres.

-V-

La decisión de la cámara de casación de rechazar el arresto domiciliario de Ana F., en aplicación de la regla del artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660, tiene efectos concretos sobre los derechos del bebé B.F.A. pues lo coloca, indefectiblemente, frente a la siguiente disyuntiva: o bien permanecer privado de su libertad en una prisión para adultos –cuyas condiciones de detención han sido objeto de permanente preocupación por diversos órganos de protección de los derechos

humanos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte IDH, caso “Penitenciarias de Mendoza vs. Argentina”, Resolución sobre medidas provisionales, 22 de noviembre de 2004, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales para Argentina, 2010, párr. 17; y Fallos: 328:1146), o bien romper el vínculo con su progenitora para recibir cuidados de otros integrantes de la familia manteniendo contactos esporádicos con su madre.

Así, la sentencia apelada, al desechar la posibilidad de que B.F.A crezca y se desarrolle en su hogar junto a su madre, vulneró los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del Niño. Pues, según este tratado, B.F.A tenía derecho a que el tribunal tuviera en cuenta “el interés superior del niño” que implica que los jueces deben adoptar aquéllas medidas que le permitan al niño ejercer, con la mayor plenitud, su derecho a la libertad personal y al desarrollo físico y mental en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres. Como en el caso no existen motivos para entender que B.F.A podría correr un riesgo si permanece en su hogar, la concesión de la prisión domiciliaria es la decisión que mejor compatibiliza el cumplimiento de la pena por parte de su madre con los derechos del niño.

En efecto, los derechos específicos de las niñas, niños y adolescentes están reconocidos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo, 75 inciso 22, de la Constitución. El tratado que desarrolla de manera más acabada estos derechos es la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento establece como principal criterio rector que cuando cualquier autoridad pública, incluidos los tribunales, adopten una medida concerniente a los niños “la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1). A su vez, al ratificar este tratado, los Estados parte se comprometen a asegurar al niño protección y cuidado para su bienestar, preservar las relaciones familiares (artículo 8.1), asegurar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27) y garantizar que ningún niño sea privado arbitrariamente de su libertad (artículo 37).

En relación con la protección de la familia y la separación familiar, el artículo 9 estipula que los Estados deben velar porque el niño no sea separado de

sus padres, excepto cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres (artículo 9.1).

Estos derechos de los niños deben ser garantizados plenamente por el Estado y, en como consecuencia, no pueden ser restringidos de cualquier modo. Para interpretar en qué supuestos las autoridades públicas pueden limitar el efectivo disfrute de estos derechos, el derecho internacional de los derechos humanos contiene un conjunto de reglas o principios de interpretación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa “menos gravosa respecto al derecho intervenido” (Corte IDH, Opinión Consultiva n° 5, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93, entre muchos otros). En igual sentido, el principio *pro homine* o *pro persona* manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutela mejor los derechos humanos (cf., por ejemplo, Fallos: 332:1963, considerando 23). De acuerdo con estas reglas, frente a distintas alternativas, el juez debe seleccionar siempre aquélla que restrinja en menor medida el ejercicio de los derechos humanos.

Estos criterios han sido aplicados por una contente jurisprudencia internacional que ordena tutelar el interés superior del niño adoptando aquellas soluciones que sean las menos lesivas para sus derechos y que reservan las medidas de separación familiar como último recurso y para casos de absoluta excepcionalidad (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17, párrs. 71 y 72, caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 116). También por la doctrina judicial que impone a los jueces un deber de tutela reforzado y de especial protección frente a grupos en situación de vulnerabilidad social como lo son las niñas y los niños (Corte IDH, caso “Furlán vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 127, 169 y 201). Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar: “La consideración primordial del interés del

niño [...] orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.). La atención principal al interés superior del niño [...] apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (Fallos: 328:2870, considerandos 4 y 5).

-VI-

En el caso de B.F.A, la cámara de casación efectuó una interpretación de la procedencia de la prisión domiciliaria que no tuvo en cuenta la tutela del interés superior del niño, pues no optó por la solución que restringía en menor medida sus derechos. Para el tribunal, únicamente la acreditación de circunstancias excepcionales en las que se compruebe una “situación de desamparo” o de “inseguridad material o moral” habilitaría el arresto domiciliario. No obstante, a los fines de cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos, el criterio de interpretación debió ser el inverso. El tribunal debía merituar que la concesión del arresto domiciliario es la solución que mejor protege los derechos de B.F.A y solo si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella, rechazar esta modalidad de cumplimiento de la pena.

Pues, el interés superior del niño incluye su derecho a desarrollarse en un entorno adecuado, a la libertad personal, a mantener su vínculo materno filial y a no ser separado de su familia salvo en condiciones de absoluta necesidad. En tal sentido, las soluciones propiciadas por la cámara de casación no logran tutelar, de la mejor manera posible, el interés superior del niño. Crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo

psicofísico y emocional de las niñas y niños. Máxime, en casos como el de estas actuaciones, en que el contacto permanente con la madre se convierte en condición necesaria para que B.F.A. pueda acceder a la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales (artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que protegen la maternidad).

Esta, por otra parte, es la regla que surge del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada, la que debe ser interpretada a luz de las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas. Estas reglas, luego de considerar “los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres” establecen como pauta de interpretación que “[c]uando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños” (A/RES/65/229, Regla 64).

Cuando en casos como el de este proceso, no existen motivos que justifiquen la separación del niño de su madre, los jueces deben actuar con especial prudencia ya que, la decisión de rechazar el arresto domiciliario puede acarrear el alojamiento del niño en una prisión. Esta alternativa puede servir en casos excepcionales para evitar la disolución del vínculo materno filial, pero no puede dejar de observarse que, además de los derechos señalados, lesiona el derecho a la libertad personal, a la integridad personal de las niñas y niños y el principio de intrascendencia de las penas según el cual la sanción privativa de la libertad no puede trascender de la persona condenada penalmente (artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por último, al solo efecto de completar el razonamiento expuesto, cabe destacar que la ley 26.472, promulgada en enero del 2009, introdujo modificaciones al artículo 32 de la ley 24.660 y al artículo 10 del Código Penal dirigidas a ampliar la procedencia del instituto de la prisión domiciliaria. Así, esta modalidad de

ejecución de la pena originalmente prevista para el “condenado mayor de setenta años y el que padezca una enfermedad incurable en período terminal”, comprende ahora, de manera expresa, el supuesto de la “madre de un niño menor de cinco años” (artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660 según la redacción de la ley 26.472)

Un estudio del debate que precedió a la sanción de la ley 26.472 refleja la inequívoca voluntad del legislador de incluir este nuevo supuesto con el fin de adecuar la legislación argentina a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De la transcripción del debate parlamentario en la Cámara de Diputados puede leerse que, por ejemplo, la diputada Marcela Rodríguez expresó que “[e]sto no significa eliminar un reptoche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En el mismo sentido, la diputada Paola Spatola manifestó: “lo que estamos haciendo es blanquear –ente comillas– lo que establecen las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país. Por otro lado, los niños que hoy se encuentran detenidos junto a sus madres en nuestras unidades carcelarias –aunque en este Parlamento nos llenamos la boca hablando de derechos humanos– no tienen por qué pagar la condena de sus padres” (Cámara de Diputados de la Nación, sesión ordinaria del 7 de noviembre de 2007, disponible en www1.hcdn.gov.ar).

—VII—

En otro orden de ideas, la cámara, al adoptar su decisión, prescindió de la opinión de dos organismos especializados en la materia como la Procuración Penitenciaria de la Nación (Informe citado) y la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la SENAF (fs. 212-213 del expediente 33/12). Ambos manifestaron que, dado el contexto social y familiar favorable de B.F.A., correspondía conceder la prisión domiciliaria. Sobre la base de lo informado allí, no encuentro razón suficiente para justificar un rechazo del arresto domiciliario.

Sin perjuicio de que la circunstancia de que B.F.A. pudiera desarrollar-

se armoniosamente en un ámbito familiar adecuado, sin correr ningún riesgo, resultaba suficiente para conceder el arresto domiciliario, en el caso, además, su madre fue condenada por una pena corta y existen constancias de problemas de salud postnatal sufridos por el bebé que aconsejaban alejarlo de los riesgos para la salud que acarrea vivir en una prisión.

Por tales razones, y dada la urgencia de los derechos e intereses en juego, propiciaré que el Tribunal conceda en esta instancia el arresto domiciliario en ejercicio de las facultades del artículo 16, última parte, de la ley 48.

-VIII-

Finalmente, coincidiendo con la apreciación de la jueza Ángela Ledesma al emitir su voto en la sentencia impugnada, destaco que los restantes jueces del tribunal oral valoraron la circunstancia de que B.F.A. tiene dos madres. La frase “existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que puede demandar el menor” (expresada en la sentencia de fs. 313-315 vta. del expediente 33/12) indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria. En tal sentido, de acuerdo con los artículos 16 de la Constitución Nacional y 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe recordarse que ponderar la orientación sexual de una persona no puede ser motivo para restringir un derecho, si no existe una justificación objetiva y razonable (cf., por ejemplo, Corte IDH, caso “Atala Riffó y Niños de la Calle vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012).

-IX-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la resolución impugnada y –en aplicación de las atribuciones del artículo 16, última parte, de la ley 48– conceder el arresto domiciliario solicitado.

Buenos Aires, 29 de MAYO de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *desde el año de 2013*

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por la defensa de Ana María Fernández (F.67.XLIX) y por el Defensor Oficial de B. F. A. (F.74.XLIX) en las causas 'Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156'", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, al rechazar el recurso de la especialidad interpuesto por el letrado defensor de la imputada Ana María Fernández, dejó firme el pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, que había denegado la petición acerca de que la nombrada cumpliera la pena de prisión que se le impusiera en autos bajo la modalidad de arresto domiciliario.

Contra aquella decisión tanto la defensa como el funcionario designado ad hoc por la Defensora General para actuar en representación del hijo menor de Fernández, dedujeron sendos recursos extraordinarios, cuyas respectivas denegatorias dieron lugar a las presentes quejas.

2º) Que en el recurso extraordinario, bajo la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, la defensa alegó que, al denegarse la solicitud, en el voto de la mayoría se realizó una interpretación restrictiva de la previsión contenida en el art. 32 inc. f de la ley 24.660 (texto según ley 26.472), que se tradujo en una suerte de excepción inmotivada de lo que, seguramente, resulta ser una regla para aplicar la prisión domiciliaria, que no condice con el espíritu de dicha norma.

En ese sentido sostuvo que en el fallo se acuerda un poder discrecional a los jueces para establecer excepciones a la prisión domiciliaria, soslayando que la reforma introducida por la ley 26.472 en lo que atañe al artículo 32 inc. f ha sido inspirada en el principio de interés superior consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que forma parte del bloque constitucional de conformidad con lo establecido en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, todo lo cual tuvo como consecuencia una restricción injustificada de derechos

que desnaturaliza el principio rector recién aludido.

Dijo además que tampoco se había valorado que, en el caso, la prisión domiciliaria a la vez que aseguraría debidamente los fines preventivos generales o especiales que se atribuyen a la pena privativa de libertad, aventaría cualquier posibilidad de conflicto entre los intereses que se hallan en juego.

Por todo lo expuesto, consideró que en el pronunciamiento cuestionado se habían afectado los principios *pro homine*, de debido proceso, de legalidad sustantiva, así como también la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 16 y 18 de nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados a dicho cuerpo normativo.

Por su parte, el defensor ad hoc que asumió la representación del menor, articuló planteos semejantes.

3º) Que si bien el fallo impugnado no reviste el carácter de sentencia definitiva, debe ser equiparado a ella por cuanto habida cuenta de su naturaleza y consecuencias, podría generar perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior, derivado de la frustración de los derechos que se invocan.

4º) Que, asimismo, aun cuando las cuestiones debatidas remiten al examen de circunstancias vinculadas con cuestiones de hecho y con la aplicación de normas de derecho común, materias éstas —en principio— ajena al conocimiento de este Tribunal por vía del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48, esta regla admite excepciones cuando se invoca la doctrina de la arbitrariedad, puesto que si las sentencias se basan en argumentos que le otorgan fundamentos solo aparentes, y no dan, por ello, respuesta acabada a los planteos que formuló la parte en defensa de sus derechos, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional (Fallos: 315:672).

5º) Que justamente en este caso corresponde hacer excepción a dicha regla, toda vez que el temperamento adoptado por el tribunal de casación incurre en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria al reclamo, pues el rechazo de las pre-

tensiones de los recurrentes aparece motivado en fundamentos aparentes (Fallos: 329:5310).

En efecto, en el voto de la mayoría, el a quo no solo ha omitido tratar el agravio formulado por la parte en cuanto a que la decisión de denegar el arresto domiciliario estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad de arresto domiciliario. Mas incausadamente se omitió el análisis del caso, desde otra óptica no menos trascendente, cuál es la de determinar si el cambio pretendido en la situación de detención de Fernández, que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria.

6º) Que, en tales condiciones, debe repararse que al haber sido ignorados fundamentos conducentes intimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 314:737; 320:2451, 2662; 324:3839).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se hacen lugar a las quejas, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia ape-

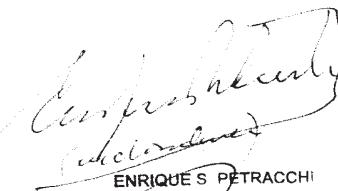
-//-lada, con los alcances aquí señalados. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y remítase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA IRIBARNE



ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA

DISI-//-



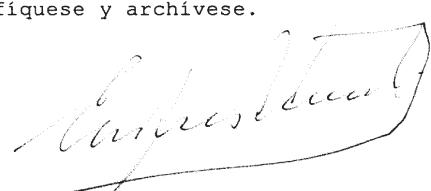
E. RAÚL ZAFFARONI

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuya denegaciones originan las presentes quejas, son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestiman las quejas. Intímese a la recurrente en el RHE F.67.XLIX a que dentro del quinto día efectúe el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y archívese.



ENRIQUE S. PETRACCHI

GAS NATURAL BAN S.A.***GAS***

Cabe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión del Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos que confirmó la decisión que hizo lugar a la presentación deducida por la actora y, en consecuencia, declaró que el artículo 36 de la ley 12.727 de esa provincia se encuentra en pugna con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 23.966 en tanto, al establecer un incremento de la alícuota del impuesto a los ingresos brutos aplicable a la industrialización y expendio de gas natural en aquella jurisdicción, excedió el límite máximo del 3,5% fijado por el referido artículo 22 de la ya citada ley 23.966, por cuanto los planteos formulados se orientan exclusivamente a cuestionar el alcance asignado a leyes convenio que hacen parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público provincial por lo que la revisión de lo decidido resulta, por regla, ajena a la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48, y tampoco se observa que lo decidido resulte pasible de tacha alguna, por cuanto efectuó una interpretación razonable de los hechos y la normativa sometida a su consideración, lo que impide su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

-Los jueces Fayt y Petracchi declaran inadmisible el recurso (art. 280 del C.P.C.C.N)-.

GAS

La decisión del Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos que confirmó la decisión que hizo lugar a la presentación deducida por la actora y, en consecuencia, declaró que el artículo 36 de la ley 12.727 de esa provincia se encuentra en pugna con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 23.966 en tanto, al establecer un incremento de la alícuota del impuesto a los ingresos brutos aplicable a la industrialización y expendio de gas natural en aquella jurisdicción, excedió el límite máximo del 3,5% fijado por el referido artículo 22 de la ya citada ley 23.966, pues la cuestionada ley local meramente contiene un incumplimiento de los compromisos asumidos en su momento sin que pueda ser considerada como una renuncia al régimen de distribución tributario, siendo la denuncia del sistema por parte de una provincia un acto de enorme trascendencia dentro del entramado del régimen de coparticipación, que implica dar por finalizada la voluntaria restricción condicional al ejercicio de sus poderes impositivos originarios, decisión que -por su envergadura institucional y por afectar necesariamente al resto de las jurisdicciones del sistema- debe hacerse de manera no sólo expresa sino también indubitable.

-Del dictamen de la Procuración General al que los jueces Lorenzetti y Zaffaroni remiten en su disidencia parcial-.

-Los jueces Fayt y Petracchi declaran inadmisible el recurso (art. 280 del C.P.C.C.N)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 211/224, el Plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos (CFI, en adelante) dictó la resolución 112, por medio de la cual rechazó el recurso de revisión instado por la Provincia de Buenos Aires contra su similar 333 del Comité Ejecutivo de ese organismo (fs. 99/106), en la que -a su turno- había hecho lugar a la denuncia interpuesta por Gas Natural Ban S.A., y había decidido que el art. 36 de la ley local 12.727 se encuentra en pugna con lo dispuesto por el art. 22 de la ley 23.966 (t.o. por decreto 518/1998, al cual se referirán las siguientes citas) pues, al establecer un incremento del 30% en la alícuota del impuesto sobre los ingresos brutos aplicable a la actividad de industrialización y expendio de gas natural, ha excedido el límite máximo del 3.5% acordado en la ley convenio citada.

Para así decidir, estimó que la jurisdicción provincial se encuentra formalmente adherida al mecanismo de coparticipación establecido en la ley 23.966, mediante el cual asumió -entre otros- el compromiso de limitar la presión tributaria sobre la industrialización y comercialización de combustibles líquidos y gas natural en tal impuesto.

Adujo que en la ley 12.576 se establecieron alícuotas para esa gabela que, al ser posteriormente incrementadas por su similar 12.727, contravienen el mecanismo al traspasar el tope convenido.

Por último, expresó que la Provincia, luego del Pacto Fiscal del 12 de agosto de 1992 y del dictado del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2.021/92 -que derogó el impuesto nacional sobre el gas natural de la ley 23.966- no sólo no denunció formalmente el acuerdo de coparticipación, sino que lo continuó aplicando, ratificando su adhesión mediante diversos actos.

- II -

La Provincia de Buenos Aires, en disconformidad con lo resuelto, interpuso el recurso extraordinario que obra a fs. 258/277 vta.

Sostuvo que la ley 23.966, en su título III, creó dos impuestos, uno sobre los combustibles líquidos y otro sobre el gas natural, y estableció un sistema especial de distribución de lo recaudado entre la Nación, el Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI) y las provincias que adhiriesen a él.

Agregó que al derogarse el impuesto nacional sobre el gas natural, éste dejó de integrar el sistema de coparticipación mentado y, por ende, quedó sin efecto la limitación

convenida en cuanto a la alícuota máxima en el impuesto sobre los ingresos brutos sobre dicho combustible, ya que ello importó una alteración de los alcances de su adhesión. Señaló que la modificación dispuesta por la Nación tuvo efectos derogatorios tácitos respecto del tope a la tributación local sobre el gas natural.

Expresó que la eliminación del gravamen nacional implicó una merma en la recaudación con la consiguiente baja en la masa de recursos a coparticipar. A ello, añadió que la decisión de la CFI importa un indebido cercenamiento de sus facultades impositivas originarias, como también una disvaliosa interpretación del mecanismo de las leyes convenio en materia de armonización tributaria.

- III -

Me parece imprescindible recordar, de entrada, que el capítulo IV del título III de la ley 23.966 estableció la forma en que se distribuiría el producido de los impuestos previstos en los capítulos I y II de ese título, entre la Nación, las Provincias y el FONAVI, mediante un mecanismo cuyo punto de partida fue la adhesión de las jurisdicciones locales por ley provincial, a verificarse dentro de un lapso de 270 días, quienes además se comprometían a derogar, en igual término, toda norma local que pudiera oponérsele.

También debe remarcarse que en su art. 21, segundo párrafo, dejó sentado que se trata de un “régimen especial” de distribución, en los términos del art. 2º, inc. b), de la ley 23.548, algunas de cuyas normas sí resultan de aplicación al estar remitidas en forma expresa.

Asimismo, es preciso destacar que en el segundo párrafo del citado art. 21, como también en el art. 22, estableció una serie de pautas consistentes en inaplicar ciertas y específicas limitaciones contenidas en los arts. 2º y 9º, inc. b), de la ley 23.548, como asimismo en agregar otros condicionamientos. Entre éstos, interesa sobremanera poner de relieve el del inc. a) del art. 22, que fijó una tasa máxima global para el impuesto sobre los ingresos brutos, del 3,5%, comprensiva de las etapas de industrialización y de expendio al público de combustibles líquidos y de gas natural.

En similares términos, el art. 26 otorgó a la CFI, en lo referido a este sistema especial de coparticipación, las funciones establecidas en el capítulo III de la ley 23.548, con relación a los fiscos y a los contribuyentes.

- IV -

Indicado lo anterior, creo que resulta esencial puntualizar que el actual sistema

de coparticipación federal de impuestos reposa bajo el esquema de “leyes convenio”, cuya arquitectura, como lo dicta la Constitución Nacional, debe ser sancionada por el Congreso, siendo el Senado la cámara de origen, y sobre la base de acuerdos previos entre la Nación y las provincias. Es decir, que son dichos entes estatales signatarios -con sus respectivos fiscales- los involucrados en el método y quienes en consecuencia quedan recíprocamente obligados a darle andadura mediante su cabal cumplimiento.

Este Ministerio Público señaló, en el dictamen de la causa de Fallos: 327:1051, que V.E. hizo mérito, en diversas oportunidades, de los pactos que constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, tendientes a establecer, mediante la participación concurrente del Estado Nacional y de las provincias, un programa destinado a adoptar una política uniforme en beneficio de los intereses nacionales y locales. Así, en Fallos: 322:1781 -con cita de Fallos: 178:9- ponderó la vocación de la Constitución Nacional, creadora de “una unidad no por supresión de las provincias … sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma”, consagrando el principio de “hacer un solo país para un solo pueblo”.

El sistema de coparticipación constituye una herramienta indispensable del federalismo fiscal argentino, de ya larga tradición en nuestro derecho positivo, inaugurada en 1935, a partir de la sanción de la ley 12.139, de unificación de impuestos internos, y cuyo diseño más moderno se aprecia desde la vigencia de la ley 20.221 -con sus modificatorias-, de coparticipación tributaria unificada, antecedente inmediato del plexo normativo que actualmente se halla en vigor. Su función primera es contribuir al logro de la coordinación vertical de competencias tributarias entre los distintos niveles de gobierno de nuestro Estado federal (art. 1º de la Constitución Nacional).

Los problemas y las asimetrías que puede acarrear el ejercicio de facultades impositivas concurrentes entre la Nación y las provincias con sus municipios fueron advertidos por V.E. ya desde el precedente de Fallos: 149:260, del 28 de septiembre de 1927. Señaló allí que “no obstante el armónico equilibrio que doctrinariamente supone el funcionamiento regular de las dos soberanías, nacional y provincial, en sus actuaciones respectivas dentro del sistema rentístico de la Constitución, no puede desconocerse que su régimen efectivo determina una doble imposición de gravámenes con la que se afectan en determinadas circunstancias importantes intereses económicos y se originan conflictos de jurisdicciones fiscales que no siempre es dado dirimir con la eficacia debida. De allí la

constante requisición colectiva traducida en múltiples estudios y proyectos tendientes a la modificación o mejor aplicación del sistema rentístico, iniciativas que abarcan desde la reforma de la Constitución hasta la nacionalización de los impuestos en cuanto a su percepción, a base de coparticipaciones proporcionales y equitativas entre la Nación y los Estados Federales”.

Quiero destacar que, en lo medular, nuestro régimen de coparticipación se basa en un convenio entre partes, esto es el Estado Nacional y las provincias, del cual se desprenden derechos y obligaciones para ellas en tanto signatarias de aquél, que si bien surgen de todo el articulado legal, en especial están concentrados en el Capítulo II de la ley 23.548, denominado “Obligaciones emergentes del régimen de esta ley”.

Mas es preciso poner de relieve, a la par de lo anterior, que de ese régimen, en tanto se plasma en definitiva en un entramado legal -ley nacional y las respectivas leyes locales de adhesión- que involucra la distribución de ciertos tributos nacionales y las correspondientes obligaciones provinciales adquiridas con relación a sus propios sistemas tributarios, se derivan derechos para terceros en calidad de contribuyentes de los fiscos involucrados. En concreto, respecto de la obligación asumida por las partes contratantes de abstenerse de establecer tributos locales análogos a los nacionales y de adecuar sus respectivos impuestos de sellos y sobre los ingresos brutos a ciertas pautas uniformadoras (art. 9º, inc. b, de la ley citada), resulta claro, a mi modo de ver, que de la vigencia de este pacto se genera un derecho para los contribuyentes de los fiscos adheridos.

V.E. dejó de lado hace ya un tiempo las conclusiones de la doctrina expresada en antiguos precedentes (arg. de Fallos: 183:160; 185:140; 186:64; 201:202; 204:63; 205:131; 208:414; 210:276; 242:280; 251:180 y 262:367) en la cual dejaba traslucir que los contribuyentes de tributos locales no adquirían un derecho al amparo de un compromiso en el cual no habían sido parte, debido a que el sistema de coparticipación no implicaba que las provincias se hubiesen despojado de sus facultades impositivas en ciertas materias y otorgado a los particulares, correlativamente, el derecho a no ser gravados de determinadas formas, sino que únicamente suponía que si la provincia ejercitaba sus competencias constitucionales en contravención al régimen pactado, podía ser cuestionado su derecho a participar del producido de la recaudación de los impuestos nacionales.

En efecto, a partir de los precedentes de Fallos: 307:1993; 308:2153; 314:1797; 316:2183 y 2206; 321:2501; 326:2164; 327:1051, 1083 y 1108, entre muchos otros -por señalar algunos pronunciamientos de la doctrina actual-, es claro que las limitaciones voluntariamente asumidas por las provincias generan una serie de condicionamientos para la configuración normativa de sus tributos, que paralelamente se tornan exigibles por los

particulares en su carácter de contribuyentes cuando son afectados por ellas.

A mi modo de ver, puesto en claro lo que antecede, la primera cuestión se centra en dirimir la procedencia de las vías para discutir y decidir si los tributos locales establecidos por alguna de las partes contratantes se adecuan o no a los lineamientos del complejo de normas que integran el régimen de coparticipación federal.

- V -

Así las cosas, corresponde poner de relieve el papel que cumple la CFI dentro de la economía del régimen de coparticipación, tanto de la ley 23.548 como -en lo que aquí importa- de la ley 23.966.

En síntesis prieta, destaco que las partes involucradas de manera primordial en el sistema de coparticipación, es decir la Nación y cada una de las provincias adheridas a él, han aceptado que sea ese organismo el que, en determinados supuestos, dirima cuestiones controvertidas entre ellas.

Especial importancia cobra el referido compromiso de abstenerse de establecer tributos locales análogos a los nacionales coparticipados, a la par que respetar determinadas pautas uniformadoras en los impuestos de sellos y sobre los ingresos brutos. La firma contribuyente, frente a un presunto incumplimiento de la Provincia de Buenos Aires, realizó sus presentaciones ante la CFI, quien puso en funcionamiento -en virtud de lo dispuesto por el art. 26 de la ley 23.966- la competencia que deviene del inc. d) del art. 11 de la ley 23.548.

Me parece oportuno insistir en que la norma citada en último término guarda una estrecha relación con lo dispuesto por los arts. 12, 13 y 14 de la misma ley, y cuya inteligencia no puede ser desentrañada sino mediante una adecuada exégesis conjunta de sus disposiciones.

En efecto, en mi dictamen del 15 de junio de 2007, en la causa M.2694, L.XLI “Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Provincia de San Juan s/ IVA a las emisoras de radiodifusión y servicios complementarios; pagos a cuenta”, indiqué que el inc. d) del art. 11 de la ley 23.548 es el que habilita a la CFI para “decidir” si los gravámenes -nacionales o locales- “se oponen o no” y, en su caso, en qué medida a la ley convenio. Para comprender en su cabal medida el alcance de esta competencia, creo indispensable poner de relieve cuáles son las consecuencias normativas que, para esas “decisiones”, fijan seguidamente los arts. 12 y 13.

El art. 12 establece que lo resuelto por la Comisión será obligatorio para la Nación y las provincias adheridas, salvo que proceda alguna de las vías de revisión otorgadas al efecto.

El segundo párrafo del art. 13 prevé que si la jurisdicción afectada no cumple con lo decidido, la CFI -a modo de sanción- “*dispondrá lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a aquélla los importes que le correspondan sobre el producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión del Organismo*”.

Desde mi perspectiva, el análisis conjunto de estos tres preceptos se impone pues sólo así podrá realizarse el principio hermenéutico sentado firmemente por la Corte, con arreglo al cual la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada norma sólo por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se entiendan tomando en cuenta los fines de las demás y considerárselas como dirigidas a colaborar, en su ordenada estructuración, para que las disposiciones imperativas no estén sujetas a merced de cualquier artificio dirigido a soslayarlas en perjuicio de quien se tuvo en mira proteger (Fallos: 294:223).

En definitiva, y como dije en el dictamen recién señalado, el sentido y alcance del art. 11, inc. d), queda expuesto con claridad: la privación de la transferencia (art. 13) reconoce su causa exclusiva en la trasgresión del deber de abstenerse de aplicar tributos locales análogos a los que se coparticipan (arts. 8 y 9, inc. b), y por el incumplimiento de la “*decisión*” de la CFI que verificó tal extremo (art. 12).

A mi modo de ver, la CFI resulta competente para entender sobre tales cuestiones, a tenor del art. 11, inc. d), de la ley referida, en tanto expresa que puede decidir de oficio, o a pedido de la Nación, de las provincias o de las municipalidades, si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no -y en su caso en qué medida- a las disposiciones de la ley del sistema. Y agrega, en su segundo párrafo que “En igual sentido, intervendrá a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas”, añadiendo que ello es así sin perjuicio “de las obligaciones de aquéllos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes”.

Tal como quedó expresado en el citado precedente de Fallos: 302:150, tales decisiones de la CFI “buscan establecer si la legislación tributaria de determinada jurisdicción, independientemente de sus casos de aplicación concreta, satisface o no el sistema de la ley 20.221” -en este caso, de la 23.548, en cuanto es remitida por el art. 26 del título III de su similar 23.966- (el resaltado me pertenece).

Considero prudente advertir, entonces, que las decisiones de la CFI no tienen la misma eficacia jurídica para las jurisdicciones que son partes dentro del sistema que para los contribuyentes o las asociaciones reconocidas de los fiscos involucrados, circunstancia cuyas consecuencias examinaré seguidamente.

- VI -

En lo que ahora interesa, en forma concreta, tal como surge del relato efectuado en los acáپites I y II del presente, este expediente tuvo su origen en una denuncia realizada por la empresa Gas Natural Ban S.A. ante la CFI, en la que alegó que la Provincia de Buenos Aires había aumentado la alícuota en el impuesto sobre los ingresos brutos, lo cual contravenía las prescripciones del título III de la ley 23.966.

Es decir que, mediante el mecanismo señalado, se puso marcha un dispositivo tendiente a verificar el alcance de la obligación asumida por la Provincia de Buenos Aires de abstenerse de establecer tributos análogos a los nacionales coparticipados y, en el especial caso del impuesto sobre los ingresos brutos, de respetar los criterios fijados por el apartado I, del inc. b) del art. 9  de la ley 23.548, con los agregados y salvedades dispuestos por los arts. 22 y cc. del título III de la ley 23.966.

Realizados los pasos pertinentes regulados por el reglamento de la CFI, previsto por los arts. 10 y 11 de la ley 23.548, \'sta concluyó en que la gabela criticada se hallaba en pugna con el régimen de coparticipación federal de impuestos y dio así por terminada su actuación.

El recurso extraordinario interpuesto por el fisco involucrado a fs. 258/277, en los términos del art. 12, *in fine*, de la ley 23.548, obliga a examinar, tal como señaló y como paso previo e insalvable, su procedencia formal.

A mi modo de ver, en autos se configura un supuesto de "caso" o "causa" debido a que la Provincia involucrada es "parte" en las actuaciones ante el organismo señalado.

Es doctrina inconcusa del Tribunal que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del poder judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:51, 444; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397; 326:1007, entre muchos otros), requisito que ha de observarse rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes.

También ha señalado V.E. en la sentencia de Fallos: 326:1007, donde compartió la tesitura de este Ministerio Público, que la existencia de "caso" o "causa" presupone la de "parte", es decir de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En otros términos, en Fallos: 311:1435 (considerando 5 , a *contrario sensu*) y 324:333, ha sostenido que se configura una causa judicial atinente al control de constitucionalidad de preceptos legales infraconstitucionales cuya decis n es propia del Poder Judicial, siempre y cuando se produzca

un perjuicio concreto al derecho que asiste a quien legítimamente lo invoca.

La aplicación de estas claras pautas al caso presente me conducen sin hesitación, como adelanté, a señalar que la recurrente debe ser considerada “parte” en esta controversia, y a verificar que lo resuelto por la CFI la afecta de manera definitiva en la delimitación de sus derechos frente al entramado del sistema de coparticipación.

En efecto, el art. 12 de la ley 23.548 establece claramente la obligatoriedad de las decisiones de la CFI tanto para “la Nación” como para “las provincias adheridas” que hayan podido intervenir en las actuaciones realizadas ante dicho organismo.

El art. 13, por su lado, se refiere a “la jurisdicción afectada” por lo decidido por el Pleno de la CFI, y le concede un plazo para informar acerca de las medidas que aquélla haya adoptado para cumplir con lo resuelto. Aquí la ley de coparticipación prevé una consecuencia jurídica específica para las jurisdicciones signatarias, consistente en disponer lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a la jurisdicción involucrada por su decisión “los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado” hasta tanto ésta dé cumplimiento a la decisión. Es decir, establece una sanción específica ante su incumplimiento, que no admite más vías ordinarias para su revisión.

En tales condiciones, y con independencia de la actuación que le cupo en este expediente a la firma contribuyente, entiendo que en estas actuaciones se ha dictado un pronunciamiento de condena contra la Provincia de Buenos Aires, que zanja una controversia cierta y determinada entre ella y el resto de las jurisdicciones signatarias del sistema de coparticipación de la ley 23.966. A consecuencia de él, dicha provincia está obligada, en los términos del art. 12 de la ley 23.548, a modificar el ya referido incremento en las alícuotas del impuesto sobre los ingresos brutos dispuesto por su ley 12.727. Y -como advertí- si no cumpliera tal obligación sufrirá la detacción de “los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado”.

Así las cosas, está claro que se han agotado las vías recursivas previstas para impugnar la condena que pesa sobre la jurisdicción afectada y, por tal razón, me parece indudable que la resolución del Pleno de la mentada CFI, en el presente caso, tiene carácter definitivo respecto de esta controversia -que no puede ser replanteada ulteriormente- y le causa un gravamen irreparable. Es así que, a mi modo de ver, está formalmente habilitada la vía del art. 14 de la ley 48.

Por último, me parece prudente señalar que la solución del precedente de Fallos: 321:2208, que consistió en encauzar el recurso extraordinario en un juicio en instancia originaria del Tribunal, según pienso, no resulta plausible en autos. En efecto, allí la discusión

giró -dicho en trazos gruesos- en torno a la conformación y distribución de la masa coparticipable, respecto de la concreta porción de fondos correspondientes a la Provincia de Río Negro (ver cons. 4º). Aquí, en cambio, se trata acerca del cumplimiento genérico de la pauta uniforme fijada por los signatarios de la ley 23.966, quienes limitaron las alícuotas de sus impuestos sobre los ingresos brutos para ciertas actividades. Es preciso advertir que, de seguirse los pasos de Fallos: 321:2208, V.E. perdería su jurisdicción revisora de lo aquí decidido y la resolución 112 del Pleno de la CFI ya habría adquirido firmeza y pasado en autoridad de cosa juzgada, con las indicadas consecuencias jurídicas para la aquí recurrente.

- VII -

En cuanto al fondo del asunto, considero que los agravios esgrimidos por la Provincia de Buenos Aires no pueden ser atendidos.

Efectivamente, mediante la ley local 11.244 adhirió al sistema especial de distribución del título III de la ley nacional 23.966, comprometiéndose a respetar las pautas allí marcadas a cambio de recibir la transferencia por coparticipación que según ella le correspondería.

La Provincia centra su argumentación en sostener, sintéticamente, que la eliminación del impuesto nacional sobre el gas natural distribuido por redes, para uso residencial y del comercio y los servicios, producida por el decreto 2.021/92 -cuya constitucionalidad no ha sido aquí materia de debate-, tuvo por efecto la derogación tácita de la obligación asumida por las jurisdicciones de limitar la presión tributaria en el impuesto sobre los ingresos brutos que recae sobre las etapas de industrialización y expendio al público de combustibles líquidos y de gas natural, la cual no puede superar la tasa global del 3,5%, en lo referido a este último.

A mi modo de ver, su razonamiento no puede ser compartido.

En primer término, cabe recordar el inveterado criterio del Tribunal que sostiene que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley” (Fallos: 308:1745; 312:1098; 313:254). Desde esta perspectiva, es evidente que la limitación indicada, dentro de un conjunto de adiciones y supresiones relativas al inc. b) del art. 9º de la ley 23.548 no ha sido eliminada ni modificada por acuerdo entre las partes.

En segundo lugar, V.E. también ha puesto de relieve que “es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de la leyes más que guiarse por el rigor de las palabras en que ellas están concebidas” (Fallos: 308:1664). Además, sostuvo que debe averiguarse el

verdadero sentido y alcance de la ley “mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla” (Fallos: 308:1861).

Bajo tales premisas, considero atinente observar la estructura de la ley 23.966. Los mencionados condicionamientos están incluidos dentro del capítulo IV del título III de esta ley -y no dentro de cada uno de sus títulos I y II, donde los gravámenes fueron creados-, motivo por el que resultan aplicables para los tributos locales relativos a ambos tipos de combustibles, independientemente de la vigencia positiva de cada gravamen nacional. Contrariamente a lo sostenido por la Provincia de Buenos Aires, considero que no hay elemento alguno que permita concluir, luego de una adecuada hermenéutica de la ley, que las condiciones establecidas puedan reputarse aplicables separadamente a cada impuesto y, menos aún, que ellas estén condicionadas a sus respectivas vigencias.

Por otra parte, advierto que la provincia arguye que la derogación del gravamen sobre el gas natural implicó una merma en la recaudación del impuesto y, por consiguiente, una disminución sobre la suma que le toca tras la distribución. Con independencia de que alega pero no demuestra tal aserto, admitir tal argumento conduce a la inaceptable conclusión de que una vez realizada la adhesión de las provincias al sistema de coparticipación de que se trate, quedaría *ipso iure* cristalizada la facultad tributaria nacional respecto de sus impuestos involucrados en él, ya que no podría introducir modificaciones en sus propias leyes tributarias sustantivas. Así, a modo de simple pero ilustrativo ejemplo, de seguir la tesitura interpretativa que propone dicha parte, la Nación quedaría inhabilitada para introducir cualquier nueva exención en sus gravámenes integrantes del sistema, ya que tal tipo de medida -al menos en principio- siempre implica una merma recaudatoria. Tal extremo, a mi modo de ver, debe ser firmemente rechazado.

Cabe citar, respecto de lo recién señalado, la consolidada doctrina de V.E. que prescribe que en la interpretación de las leyes no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (arg. Fallos: 319:1765; 323:1406 y 1460, entre otros).

En último término, estimo que la cuestionada ley local 12.727 meramente contiene un incumplimiento de los compromisos asumidos en su momento, sin que pueda ser considerada como una renuncia al régimen de distribución tributario. En efecto, la denuncia del sistema por parte de una provincia es un acto de enorme trascendencia dentro del entramado del régimen de coparticipación, que implica dar por finalizada la voluntaria

restricción condicional al ejercicio de sus poderes impositivos originarios (Fallos: 242:280), decisión que -por su envergadura institucional y por afectar necesariamente al resto de las jurisdicciones del sistema- debe hacerse de manera no sólo expresa sino también indubitable.

Por ende, concluyo que la resolución recurrida realiza una adecuada interpretación de las normas pertinentes, al decidir, en los términos en que lo hizo, que el art. 36 de la ley local 12.727 se encuentra en pugna con lo dispuesto por el art. 22 de la ley 23.966.

- VIII -

Por lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario deducido y confirmar la decisión recurrida.

Buenos Aires, 18 de agosto de 2008.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Gas Natural Ban S.A c/ Provincia de Buenos Aires s/ violación del art. 22 de la Ley Nacional 23.966".

Considerando:

1º) Que el plenario de Representantes de la Comisión Federal de Impuestos, mediante la resolución 112/06, al desestimar la revisión solicitada por la Provincia de Buenos Aires, confirmó la resolución 333/05 del Comité Ejecutivo de ese organismo, por la cual se hizo lugar a la presentación deducida por Gas Natural Ban S.A. y, en consecuencia, se declaró que el artículo 36 de la ley 12.727 de esa provincia se encuentra en pugna con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 23.966 en tanto, al establecer un incremento de la alícuota del impuesto a los ingresos brutos aplicable a la industrialización y expendio de gas natural en aquella jurisdicción, excedió el límite máximo del 3,5% fijado por el referido artículo 22 de la ya citada ley 23.966, que en su capítulo IV instituyó un régimen especial de distribución en orden a lo previsto en el artículo 2º, inc. b, de la ley 23.548, de coparticipación de recursos fiscales.

2º) Que, contra lo así decidido, la provincia interpuso recurso extraordinario a fs. 258/277 que -contestado por Gas Natural Ban S.A. a fs. 289/316- fue concedido por la Comisión Federal de Impuestos mediante la resolución 363/06 de su Comité Ejecutivo (fs. 337/354).

3º) Que, en primer término, se impone señalar que no resulta aplicable al caso la doctrina de Fallos: 321:2208 ("Provincia de Río Negro"), F.639.XL "Compromiso Federal - Fondo Nacional de la Vivienda - FONAVI" y P.1763.XL "Provincia de San Juan - Ley 24.625 - prórroga Ley 25.064", falladas en la fecha ya que, a diferencia de lo que ocurría en esos precedentes, los planteos formulados por la Provincia de Buenos Aires en el sub examine no exponen un conflicto entre dicha provincia y el Estado Nacional que pueda encauzarse en un juicio en el que esta Corte ejerza jurisdicción originaria y exclusiva, de acuerdo con lo establecido en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. En efecto, la resolución dictada por la Comisión Federal de Impuestos ha sido consecuencia de la denuncia formulada por Gas Natural Ban S.A., quien durante el curso de las actuaciones administrativas asumió, exclusivamente, el carácter de contendiente de la Provincia de Buenos Aires (confr. fs. 3/10, 161/173 y 289/316). Ninguna intervención le cupo en este procedimiento ni al Estado Nacional ni a las restantes provincias adheridas al régimen federal de coparticipación, quienes no manifestaron interés en participar en la controversia no obstante estar fehacientemente anoticiados de su existencia y de las decisiones adoptadas (confr. fs. 106, 110/139, 224 y 232/257).

4º) Que, ello aclarado, resulta prioritario examinar si el asunto traído ante esta Corte constituye un "caso" o "controversia" que habilite el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. Ello es así por cuanto la comprobación de que existe un "caso", constituye un recaudo básico e ineludible, de neto rai-gambre constitucional, que reconoce su origen en la división de poderes. Se ha dicho que: "Ningún principio es más fundamental para el adecuado cumplimiento del rol de la judicatura en nues-

tro sistema de gobierno que la limitación constitucional de la jurisdicción de los tribunales federales a concretos casos o controversias" (Fallos: 321:1252 y sus citas).

5º) Que la necesidad de la existencia de un caso surge de los artículos 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la Constitución Nacional, en 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 la 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 el citado art. 100 (hoy 116), en el artículo 2º de la ley 27 se 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- (Fallos: 322:528). Tales causas, son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan (Fallos: 307:2384; 317:335).

6º) Que la ley de coparticipación 23.548 estableció una serie de obligaciones a la que deben sujetarse las provincias -y la Nación en lo pertinente- con el fin de obtener el armónico funcionamiento del sistema de competencias tributarias y lograr un reparto equitativo del producido de los impuestos nacionales que integran dicho mecanismo. Esta ley convenio -que, a partir de su ratificación por las legislaturas locales, hace parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público local "Papel Misionero", (Fallos: 332:1007)- también impone ciertas obligaciones a jurisdicciones provinciales, como la de abstenerse de crear gabelas locales análogas a las nacionales o la de

adecuar ciertos impuestos (como los de sellos y sobre los ingresos brutos) a determinadas pautas unificadoras, a fin de evitar la dispar regulación de estos tributos en las provincias.

7º) Que de este régimen no sólo se desprenden derechos y obligaciones para las jurisdicciones adherentes sino que también resultan derechos ciertos a favor de los contribuyentes, que quedan amparados contra una eventual imposición de tributos locales, cuando estos se superponen con los nacionales o no se adecuan a las pautas a las que las provincias voluntariamente se sometieron al ratificar la ley convenio (confr. Fallos: 307:1993; 308:2153; 314:1797; 316:2183; 321:362; 327:1051; entre otros).

8º) Que, en el marco de esta normativa orientada a consagrar un federalismo fiscal de concertación fue concebida la Comisión Federal de Impuestos, organismo intrafederal que no depende de ningún otro, sea federal o provincial y cuya actuación es independiente de las partes de la ley convenio, que no ejercen sobre él ningún tipo de control. Entre las funciones que les fueron asignadas se destaca la de decidir de oficio o a pedido del Ministerio de la Nación, de las provincias o de las municipalidades, los contribuyentes o asociaciones reconocidas si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no y, en su caso, en qué medida, a las disposiciones de la Ley de Coparticipación (confr. artículo 11, inc. d, de la ley 23.548). Sus resoluciones son obligatorias para la Nación y las provincias adheridas y contra ellas sólo procede el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con arreglo al artículo 14 de la ley 48 (confr. art. 12). Si no son cumplidas en el plazo establecido a esos efectos, la Comisión puede disponer lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a la jurisdicción incumplidora, los importes que le correspondan sobre el producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a su decisión (art. 13, segundo párrafo).

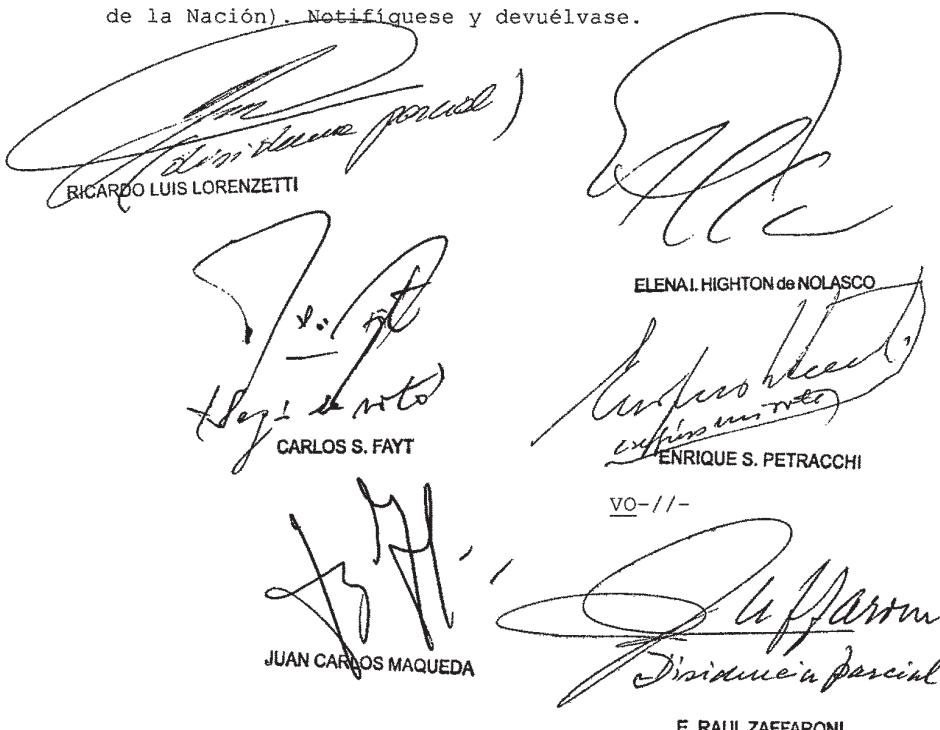
9º) Que en cumplimiento de estas previsiones, y previa sustanciación con la provincia interesada, el Plenario de la Comisión Federal de Impuestos resolvió el planteo efectuado por Gas Natural Ban S.A. y dictó la resolución 112/2006, en la que declaró que el artículo 36 de la ley 12.727 de la Provincia de Buenos Aires se encuentra en pugna con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 23.966. Esta decisión, que resolvió el conflicto suscitado entre el particular y la jurisdicción adherente, afecta de manera concreta, directa e inmediata los intereses de la Provincia de Buenos Aires ya que en caso de que no adopte las medidas necesarias para su acatamiento sufrirá la detacción de los importes que le correspondan sobre el producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado. Es razón de ello cabe concluir en que la recurrente es titular de un agravio actual y concreto, no conjetural, respecto del cual la resolución a dictarse por esta Corte no constituye una eventual declaración en abstracto sin consecuencias jurídicas que la afecten.

10) Que el recurso extraordinario deducido en los términos del artículo 12 de la ley 23.548 -disposición sobre cuya validez no han existido cuestionamientos en autos- se dirige contra una decisión de la Comisión Federal de Impuestos que, al aplicar en el caso concreto el derecho contenido en la ley convenio, reguladora del régimen de coparticipación, y declarar en pugna el tributo local, ejerció funciones jurisdiccionales y puso solución definitiva a la controversia suscitada entre el contribuyente y la Provincia de Buenos Aires, sin que tal temperamento pueda revisarse por vía de acción o de recurso (confr. Fallos: 301:594, 1152 y 1226; 306:455; 312:1682; 330:2711, entre otros).

11) Que no obstante ello, el remedio federal resulta improcedente por cuanto los planteos formulados se orientan exclusivamente a cuestionar el alcance asignado a leyes convenio -entre las que cabe incluir el régimen de coparticipación fede-

ral y el capítulo IV del título III de la ley 23.966, en sus respectivas ratificaciones locales por medio de la legislatura provincial- que hacen parte, aunque con diversa jerarquía, del derecho público provincial (Fallos: 316:324 y 327 y "Papel Missionero", Fallos: 332:1007), por lo que la revisión de lo decidido resulta, por regla, ajena a la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48. Por otra parte, tampoco se observa que lo decidido por la Comisión Federal de Impuestos resulte pasible de tacha alguna, por cuanto efectuó una interpretación razonable de los hechos y la normativa sometida a su consideración, lo que impide su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

Por todo lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario deducido. Costas por su orden atento a la complejidad de la materia debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

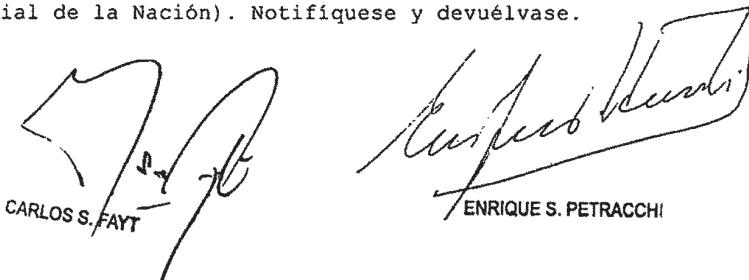


-//TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario es improcedente (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario deducido. Costas por su orden atento la complejidad de la materia debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



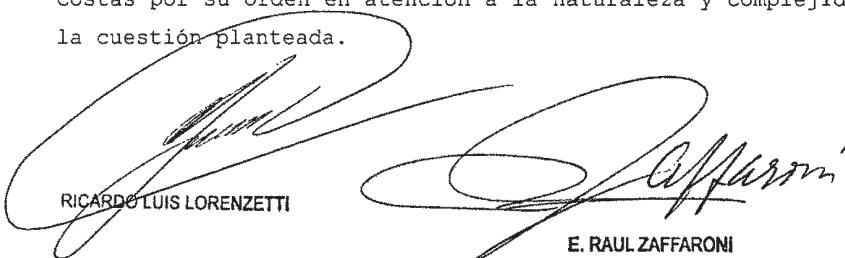
CARLOS S. FAYT ENRIQUE S. PETRACCHI

-//DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO L.
LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que el Tribunal comparte y hace suyos los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la decisión recurrida. Costas por su orden en atención a la naturaleza y complejidad de la cuestión planteada.



RICARDO LUIS LORENZETTI E. RAÚL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por la Provincia de Buenos Aires, representada por el Fiscal de Estado Dr. Ricardo Szelagowski.

Traslado contestado por Gas Natural Ban S.A., representada por el Dr. Guillermo Lalanne, con el patrocinio letrado del Dr. Sebastián López Sansón.

Tribunal de origen: Comisión Federal de Impuestos.

PROVINCIA DEL CHUBUT C/ YAÑEZ PEDRO Y OTROS
S/IMPUGNACIÓN

TRIBUNALES COLEGIADOS

Corresponde revocar la sentencia del superior tribunal provincial que confirmó la decisión que dictó sobreseimiento de los imputados por aplicación de los arts. 282 y 283 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut y al constatarse que había vencido el plazo para realizar la investigación preparatoria que había sido prorrogado a pedido del fiscal, ya que la validez constitucional de los artículos mencionados y el art. 285, inc. 7º del cuerpo mencionado, considerados por recurrente contrarios al art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional por arrogarse una materia propia del Congreso Nacional, fue considerada -y de modo insuficiente- sólo en el segundo voto del fallo apelado pero no en los dos restantes, de manera que no existe, en el mejor de los casos, mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre los fundamentos para llegar a la solución adoptada, lo que obsta a su validez.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

CUESTION FEDERAL

La omisión del superior tribunal provincial de expedirse con respecto a la cuestión constitucional alegada -invalidez de los arts. 282, 283 y 285, inc. 7º, del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut por resultar contrarios a los arts. 31, 75, inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional- implica un obstáculo para que la Corte pueda ejercer su competencia apelada, en tanto la ley 48 exige que la decisión del tribunal superior haya sido contraria al derecho federal invocado por el recurrente (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

El 26 de junio de 2007 Eduardo V. fue atacado con armas blancas por dos o más personas al salir del gimnasio municipal de la localidad de Tecka, Esquel, provincia del Chubut, y murió como consecuencia de las heridas infligidas.

El 10 de julio del mismo año el representante del

Ministerio Público Fiscal local encontró elementos suficientes para dar inicio formal a una investigación preparatoria por homicidio contra Pedro Y . El día 26 el fiscal extendió la imputación a Mario Lucas H y Emilio Abelardo Y

El 17 de septiembre siguiente se informó personalmente a Emilio Y la existencia de una investigación en su contra. El 24 de octubre lo mismo se cumplió respecto de Mario H

A fojas 17 consta que el 20 de noviembre de 2007 el fiscal formuló la imputación también a José Alejandro E que fue notificado el 3 de enero de 2008.

Debido a que se avecinaba el vencimiento del plazo para realizar la investigación preparatoria previsto por el código de procedimiento local, el fiscal solicitó y fue concedida por la juez –el 8 de enero– una prórroga por cuatro meses fundada en la complejidad del proceso y la cantidad de imputados.

El 13 de junio del mismo año un colegio de dos jueces prorrogó, ante un nuevo pedido del fiscal, el plazo de la investigación por otros cuatro meses y fijó como límite para presentar la acusación de todos los imputados el dia 10 de octubre de 2008.

La acusación fue finalmente presentada el 20 de octubre de ese año. El juez constató que el plazo había vencido y por aplicación de los artículos 282 y 283 del código procesal local dictó el sobreseimiento de todos los imputados.

El Superior Tribunal de Justicia confirmó la decisión (fs. 115/124) y contra ese pronunciamiento el Procurador General de la provincia interpuso el recurso extraordinario concedido a fojas 165/166.

II

En la apelación federal se afirma que los artículos

precitados del código procesal penal de la provincia han sido interpretados como una nueva causal de extinción de la acción penal por el mero transcurso del tiempo y que, en esa inteligencia, ello supone una invasión a la esfera del Congreso Nacional, que es la autoridad competente para legislar en materia de derecho común. Según el recurrente, debe entenderse que las causas de extinción de la acción penal integran esa materia, debido a que están previstas en el Código Penal, dictado por el Congreso Nacional en virtud de lo establecido en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

En relación con este punto, aduce también que la sentencia no ha sido emitida en forma válida porque un planteo similar fue rechazado sólo mediante la opinión fundada de un solo juez del colegio, razón por la cual no existe al respecto mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes.

En segundo lugar, se alega que el fallo lesiona el derecho de la víctima a la tutela judicial, dado que no se garantizó a la parte damnificada la intervención que le corresponde en el proceso de acuerdo con el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos.

III

Considero que el recurso extraordinario es admisible porque se ha puesto en cuestión la validez de una ley provincial bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional y la decisión ha sido a favor de la validez de la norma provincial. Al mismo tiempo, en el recurso se alegó un supuesto de arbitrariedad que, conforme al criterio de V.E., debe ser tratado en primer lugar, pues si aquél existiera no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 322:989; 325:3417; 329:5460).

IV

En ocasión de decidir sobre la procedencia de la impugnación extraordinaria interpuesta por el Fiscal General contra el sobreseimiento de la causa, el vocal del tribunal superior provincial que votó en primer término opinó que debía declararse la nulidad del pronunciamiento apelado por violación de las formas esenciales del proceso en lo atinente a la debida participación de la víctima. En particular, expuso que no existía constancia de haber sido informado el particular damnificado sobre la consecuencia del vencimiento del plazo fijado para la culminación de la investigación preliminar, de manera tal que éste pudiera evitar esa consecuencia mediante el ejercicio en tiempo útil de su derecho de querellar en forma autónoma.

El juez que emitió su voto en segundo lugar propició, en cambio, el rechazo del recurso. A diferencia del primer opinante, consideró que se había cumplido adecuadamente con los deberes de asistencia e información a la víctima. Acerca del restante agravio del Fiscal sobre la inconstitucionalidad de las normas del código procesal local en la medida en que habían sido interpretadas como nuevas causales de extinción de la acción penal no previstas en el código de fondo, argumentó a partir de la necesidad de “readecuación del concepto de acción que incide en el análisis del reparto de competencias constitucionales en la materia”, aunque dijo que “esta sentencia no aparece como el ámbito propio para penetrar en esas honduras”. Sea como fuere, concluyó en que la causal de sobreseimiento por vencimiento del plazo fijado para la investigación –entendida como reglamentaria del derecho a ser juzgado en un plazo razonable– no habría excedido el ámbito de reserva de autonomía provincial.

El tercer voto, que fue emitido “en atención a lo normado por el artículo 25 del Código Procesal Penal” –que establece bajo sanción de nulidad que las sentencias dictadas por tribunales

colegiados deben contar con fundamentación individual de cada uno de los miembros, aun cuando sea coincidente con la conclusión de otros se refiere únicamente a la intervención de la víctima en el proceso, y apunta a que ninguno de los derechos reconocidos a esa parte inhibe la aplicación de las reglas que establecen el plazo máximo de duración del proceso y la consecuencia de su vencimiento que, en su criterio, sería inevitable.

Por lo visto, cabe concluir que la cuestión de la validez constitucional de los artículos 282, 283 y 285, inciso 7º del código procesal local, considerados por el recurrente contrarios al artículo 75, inciso 12, de la ley fundamental por arrogarse una materia propia del Congreso de la Nación (conf. Fallos: 178:31 y concordantes) ha sido considerada –y de modo insuficiente– sólo en el segundo voto del fallo apelado, de manera tal que no existe, en el mejor de los casos, mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre los fundamentos para llegar a la solución adoptada, lo que obsta a su validez (Fallos:328:4739; 329:4078; 332:1564).

Por ello, estimo que la sentencia debe ser dejada sin efecto y corresponde al tribunal apelado pronunciarse sobre la cuestión federal planteada, toda vez que guarda relación directa e inmediata con la resolución del caso. En tal sentido, creo oportuno recordar la atribución y el deber que tienen los tribunales locales, en especial los de más alta instancia, de examinar de manera adecuada las leyes en los casos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan conformidad con ella, pues en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del artículo 31 de la ley fundamental, en aquellos casos aptos para ser conocidos por la Corte según el artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria (Fallos: 311:2478).

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2012.

Eduardo Ezequiel Casal

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

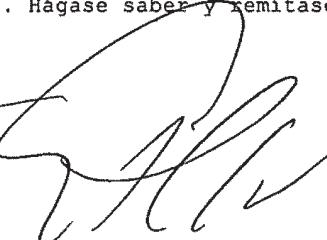
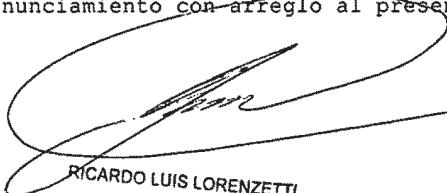
Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Provincia del Chubut c/ Yañez, Pedro y otros s/ impugnación".

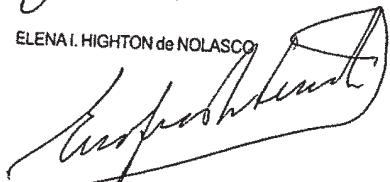
Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los términos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

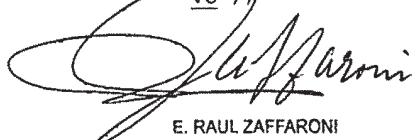
Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.

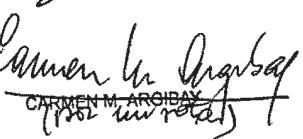

RICARDO LUIS LORENZETTI ELENA I. HIGHTON de NOLASCO


CARLOS S. FAYT


ENRIQUE S. PETRACCHI
VO-/-


JUAN CARLOS MAQUEDA


E. RAÚL ZAFFARONI


CARMEN M. ARGIBAY
~~(no me roba)~~

-//--TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS MAQUEDA
Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que, conforme lo señalado por el señor Procurador Fiscal en su dictamen, se advierte que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut no ha dado adecuado tratamiento a la cuestión federal planteada por el señor Fiscal General provincial, relativa a la invalidez de las normas procesales locales aplicadas al caso (artículos 282, 283 y 285, inc. 7º, del Código Procesal Penal de la mentada provincia), por resultar contrarias a los artículos 31, 75 inciso 12 y 126 de la Constitución Nacional.

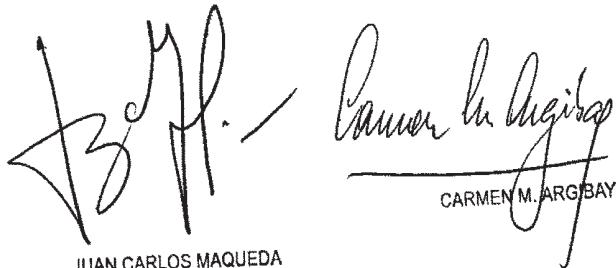
2º) Que, la tensión entre las reglas provinciales mencionadas y la Constitución Nacional estaría dada porque las primeras prevén un supuesto de extinción de la acción penal (el vencimiento del plazo de la instrucción) que no está contemplado por el Código Penal, que es la ley común en la que el legislador nacional -conforme la atribución del artículo 75.12 constitucional- ha decidido estipular taxativamente dichas causales (artículo 59 del citado código).

3º) Que, tal como acertadamente indica el señor Procurador, pese al carácter constitucional del agravio y a su relación directa e inmediata con la solución del caso, dicho planteo ha sido considerado solo por uno de los jueces que dictaron la sentencia apelada, quien, además, ha tratado la cuestión de modo insuficiente.

4º) Que, conforme el esquema de la Ley 48, la omisión del Superior Tribunal provincial de expedirse con respecto a la cuestión constitucional alegada implica un obstáculo para que esta Corte Suprema pueda ejercer su competencia apelada, en tanto la mentada ley exige que la decisión del tribunal superior

el recurrente. Ante tales circunstancias, corresponde revocar la sentencia recurrida y reenviar la causa para que el a quo trate el punto federal cuya afectación se invoca.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y remítase.



The image shows two handwritten signatures. The signature on the left is "J.C. Maqueda" and the signature on the right is "Carmen M. Argibay". Both signatures are written in black ink on a white background.

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por: Jorge Luis Miquelarena, Procurador General de la Provincia del Chubut.

Tribunal de origen: Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

Otros tribunales intervenientes: Juzgado de Garantía de la Circunscripción Judicial de Esquel.

RIZZO, JORGE GABRIEL (APOD. LISTA 3 GENTE DE DERECHO)
S/ACCIÓN DE AMPARO C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL LEY 26855 S/MEDIDA
CAUTELAR

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a la Corte, contemplado en la reforma de 1994 -art. 114-, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación, opción que no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial, en tanto garantía prevista por la Constitución Federal.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La previsión contenida en el artículo 4º de la ley 26.855 de participación de los jueces en procesos electorales como candidatos al Consejo nominados por los partidos políticos, conforme la cual, el magistrado que aspira a ser miembro del Consejo en representación de los jueces debe desarrollar actividades político-partidarias, llevar a cabo una campaña electoral nacional con el financiamiento que ello implica, proponer a la ciudadanía una determinada plataforma política y procurar una cantidad de votos que le asegure ingresar al Consejo de la Magistratura, debe ser declarada inconstitucional, pues desconoce las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obliga al juez que aspira a ser consejero a optar por un partido político, afectando asimismo su imparcialidad frente a las partes del proceso y a la ciudadanía toda.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Resulta irrazonable el requisito previsto en el artículo 18 de la ley 26.855 para adherir la boleta de consejeros a la de legisladores nacionales en cada distrito, en la medida que requiere que en al menos 18 de los 24 distritos la mencionada adhesión se realice exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación, pues lejos de proteger la integridad, transparencia y eficiencia del proceso electoral, establece una barrera para la adhesión de boletas que, por no responder a criterios objetivos y razonables, distorsiona las condiciones de la competencia política y tergiversa la expresión de la voluntad popular.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Cabe declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y, por consiguiente, del decreto 577/13 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura, y atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley, no entrará en vigencia la modificación dispuesta en el artículo

6°, inciso 15, que requiere una mayoría absoluta del total de los miembros para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018, formular la acusación ante el jurado de enjuiciamiento y ordenar la suspensión de magistrados, proyectándose Idénticas consecuencias sobre las demás modificaciones que la ley 26.855 introduce con relación al quórum previsto en el artículo 7°, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del consejo de la Magistratura, de modo que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El cumplimiento de la finalidad prevista en la ley 26.855 -en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos-, de ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo respecto de aquéllos que no surgen directamente del sufragio universal, se contrapone frontalmente con la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente de dejar atrás un esquema semejante, que había regido hasta 1994, en el que los órganos políticos (legislativo y ejecutivo) monopolizaban las decisiones que actualmente son competencia del Consejo de la Magistratura, lo que implicaría vaciar de contenido la decisión plasmada en el art. 114 de la CN.

-Voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay-.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Con independencia de lo decidido por la Corte respecto de los planteos de inconstitucionalidad de la ley 26.855 -en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos-, el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades., por lo cual, el tribunal decide por imperio de ley, pero se advierte que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento del Tribunal, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta.

-Disidencia del juez E. Raúl Zaffaroni-.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El art. 114 de la Constitución Nacional delegó la tarea de finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sin definir su integración,

limitándose su texto a indicar los estamentos que deben estar representados, sin señalar número ni proporciones, solo imponiendo que se procure el equilibrio, el cual no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber, por lo que cabe hacer lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado Nacional y revocar la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 -reforma judicial- y del decreto del PE nº 577/2013 -modificaciones en la integración del Consejo de la Magistratura y elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos-.

-Disidencia del juez E. Raúl Zaffaroni.-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, con competencia en materia electoral, hizo lugar a las demandas de amparo interpuestas por Jorge Gabriel Rizzo, en su carácter de apoderado de la Lista 3 “Gente de Derecho”, y Carlos Lionel Traboulsi, en su condición de apoderado del Partido Demócrata Cristiano (orden nacional) y abogado de la matrícula federal. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/13, y dejó sin efecto la convocatoria electoral prevista en las citadas normas para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura.

Para así decidir, entendió que la normativa impugnada afecta la representación de los abogados, jueces y académicos en el Consejo, pues se pierde la “condición vinculante” que debe existir entre representante y representado, por no existir relación directa entre quien eligió al representante (ciudadanos electores) y los representados (ciudadanos jueces, abogados y académicos). En cuanto a la elección de estos últimos, considera que también se altera el principio de razonabilidad, pues la norma elimina cualquier sustento cualitativo que pudiera haber en el proceso de selección respecto a la calidad o excelencia educativa y profesional del candidato.

Por otro lado, adujo que la ley 26.855 no respeta el equilibrio al que alude el artículo 114 de la Constitución Nacional, pues se admite el predominio de un determinado sector, por el modo de elección previsto, sin la existencia de la

necesaria capacidad de control de los otros estamentos, ante cada decisión a adoptar, de lo que colige que el Consejo podría sufrir influencias indeseables (políticas, sectoriales, económicas), que lo desnaturalizarían. Agrega que el número de integrantes asignado al estamento de los académicos desnaturaliza la proporcionalidad establecida en la Constitución Nacional, otorgándole preponderancia frente a los demás.

Sostuvo que la norma afecta la independencia judicial, pues el hecho de que los jueces figuren en boletas electorales encabezadas con el nombre de un partido político les quita independencia e imparcialidad, permitiendo abrigar fundadas sospechas en relación con su futura actuación en los casos en que esa entidad política o sus integrantes pudieran tener intereses. Además, manifestó que la norma obliga a los jueces a intervenir en el procedimiento partidario para la selección de candidatos y campañas electorales, lo que resulta totalmente incompatible con la necesaria independencia política que deben demostrar, y contradice lo dispuesto en las leyes electorales y de organización de la Justicia, en cuanto procuran evitar su participación en la política partidaria.

-II-

Contra esas decisiones, el Estado Nacional interpuso recursos extraordinarios por salto de instancia, en los que sostiene que las sentencias son arbitrarias, así como que yerran en la interpretación que en ellas se efectúa de la ley 26.855 para considerarla contraria a lo dispuesto en la Constitución Nacional.

Por un lado, sostiene que las acciones de amparo promovidas resultan formalmente improcedentes pues los accionantes no han acreditado la existencia de un perjuicio personal, real y concreto para el ejercicio de sus derechos. En este sentido, aduce que la normativa impugnada no les impide acceder a una postulación en alguna de las agrupaciones políticas afines a sus ideas.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, critica en primer lugar la interpretación de la idea de “representación” aduciendo que resulta erróneo analizarla, a partir de las características del instituto del “mandato” propio del

derecho privado. En segundo término, sostiene que la distribución de escaños establecida por la ley 26.855 asegura el equilibrio exigido por la Constitución Nacional para la integración del Consejo entre los diferentes estamentos pues el número de consejeros asignado a cada uno garantiza que ninguno de los sectores, por sí mismo, esté en condiciones de imponer su voluntad prescindiendo de los demás.

Asimismo, el Estado Nacional aduce que la elección por sufragio universal de los representantes ante el Consejo de la Magistratura no puede considerarse inconstitucional, pues se trata de un órgano de gobierno, a cuyos integrantes se les confía la toma de decisiones políticas respecto de la administración del servicio de justicia. En este sentido, recuerda que la Constitución Nacional confiere la conducción del Estado –del cual el Consejo de la Magistratura forma parte– exclusivamente a los representantes del pueblo.

Por lo demás, el recurrente destacó que la reforma adoptada por el legislador promueve la finalidad tenida en miras por el constituyente con la creación del Consejo de la Magistratura, al preservar el sistema de ternas vinculantes para el Poder Ejecutivo, y al desalentar la actuación corporativa de los consejeros.

Finalmente, sostiene que la independencia del juez que deseé competir por un cargo en el Consejo no se verá alterada de modo alguno, por cuanto no hay razones para creer que dejará de ejercer la jurisdicción de acuerdo con sus convicciones. En este sentido, considera que la idea de que un juez que deseé postularse asumirá compromisos que le impedirán ejercer con independencia la función judicial es una mera conjeta, que en modo alguno se condice con la integridad que exige el desempeño del cargo de juez.

Los recursos fueron declarados admisibles por esa Corte, oportunidad en la cual se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Procuración para que emitiera dictamen.

-III-

Entiendo, en concordancia con las razones expuestas en la decisión de la Corte del 13 del corriente mes y año, que los recursos extraordinarios por salto de instancia interpuestos por el Estado Nacional, en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultan admisibles.

Por otra parte, corresponde indicar que las sentencias apeladas son definitivas, puesto que la constitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/13 allí declarada no podrá ser jurídicamente replanteada con posterioridad (arg. Fallos: 271:158; 294:363; 315:2954; 321:706, entre otros).

Corresponde también señalar que se encuentra en discusión el alcance y la interpretación de disposiciones federales (artículo 114 de la Constitución Nacional, ley 26.855 y decreto 577/13) y las decisiones cuestionadas son contrarias al derecho que el apelante funda en ellas (artículo 14, inc. 3º, de la ley 48). En tales condiciones, conviene recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de aquel tipo de normas, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del *a quo* ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros).

Pienso, por lo tanto, que los recursos extraordinarios interpuestos son formalmente admisibles y que, en consecuencia, corresponde ingresar al examen de los temas de naturaleza federal involucrados en la causa, que se encuentran inescindiblemente unidos a los planteos de arbitrariedad efectuados, por lo que se realizará su tratamiento conjunto.

-IV-

En primer lugar, las sentencias en recurso prescindieron del dictamen fiscal previo, en un caso donde el Ministerio Público debía intervenir por expresa disposición legal (artículo 120 Constitución Nacional y artículos 1, 25 inciso g) y 39, ley 25.946).

En efecto, el artículo 39, ley 25.946 establece la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal en todos los procesos de amparo. El cometido constitucional de intervenir en defensa de la legalidad y de los intereses generales de

la sociedad (artículo 120 CN) y el deber de velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República (artículo 25 inciso g), ley 25.946) requerían que el Ministerio Público Fiscal se expediera en forma previa al dictado de la sentencia, máxime cuando el caso versa sobre la constitucionalidad de una ley federal de alcance general e innegable relevancia institucional. Sin embargo, ante la excusación del fiscal Di Lello, la magistrada dictó sentencia sin recabar la opinión del Ministerio Público sobre las cuestiones controvertidas.

La exclusión del Ministerio Público Fiscal en el caso afecta el debido proceso y el sistema de frenos y contrapesos instituido por la Constitución Nacional que erigió al Ministerio Público como el órgano del proceso encargado de defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad (artículo 120, Constitución Nacional). En casos análogos, la Corte Suprema ha advertido que no es posible prescindir válidamente de la intervención previa y efectiva del fiscal competente pues existe un interés institucional de orden superior que radica en la necesidad de procurar una recta administración de justicia, para lo cual es indispensable preservar el ejercicio pleno de las funciones que la ley encomienda al Ministerio Público Fiscal (Fallos 311:593; 315: 2235).

Por los motivos expuestos, la falta de intervención del Ministerio Público en las instancias anteriores no podría ser suplida por la intervención de la Procuración General de la Nación en esta vía de conocimiento restrictivo (doctrina Fallos 311:593). Sin embargo, las razones de trascendencia institucional y de urgencia que la Corte puso de resalto al conceder esta vía extraordinaria, justifican que se proceda al tratamiento del fondo del asunto en pos del interés superior de la sociedad en que el caso se resuelva con la premura que requiere.

-V-

Desde que uno de los agravios de los recursos bajo examen está enderezado a cuestionar la legitimación de la actora, un orden jurídicamente lógico impone examinar dicha circunstancia en forma previa, puesto que, de carecer de tal requisito común, se estaría ante la inexistencia de un “caso”, “causa” o

“controversia”, en los términos del artículo 116 de la Carta Magna, que tornaría imposible la intervención de la justicia.

En este orden de pensamientos, cabe indicar que, como lo recordó este Ministerio Público en los dictámenes recogidos en Fallos: 306:893 y 322:528, desde antiguo la Corte Suprema ha declarado que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397, y muchos otros). Así, ya desde sus inicios (confr. Fallos: 1:27 y 292), el Tribunal negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo (Fallos: 12:372; 95:51 y 115:163); ello es así pues como lo afirmó en Fallos: 242:353 el fin y las consecuencias del control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes.

En esta inteligencia, la existencia de un “caso” o “causa” presupone la de “parte”, es decir, de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En este orden de ideas, la Corte Suprema ha expresado en Fallos 322:528, considerando 9º, que “al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer”, el cual “resulta esencial para garantizar que [aquel] sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal” (*Flast. v. Cohen*, 392 U.S. 83), y, en definitiva, como fue señalado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, a fin de preservar al Poder Judicial de la sobrejudicialización de los procesos de gobierno (“*The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*”, 17 Suffolk Univ. Law Review, 1983, pág. 881). En síntesis, la “parte” debe demostrar la existencia de un “interés especial” en el proceso o, como lo ha dicho nuestra jurisprudencia, que los agravios alegados la afecten de forma

“suficientemente directa” o “substancial”, esto es, que posean “concreción e inmediatez” bastante para poder procurar dicho proceso.

En estas condiciones, resulta necesario recordar en qué carácter se presentaron los demandantes al iniciar las respectivas acciones de amparo.

El doctor Rizzo lo hizo en su carácter de apoderado de la Lista 3 (“Gente de Derecho”), con actuación en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, condición que invocó para promover esta acción de amparo en defensa de intereses individuales homogéneos que juzgó afectados. Concretamente dijo defender los intereses individuales homogéneos de los abogados de la matrícula, e indirectamente, también aquellos de los jueces y académicos, que consideró sustancialmente análogos.

Sin embargo, cabe destacar que la invocación de intereses sectoriales del tipo de los invocados en estos autos no es suficiente para cuestionar una norma de carácter general, dictada en beneficio de los intereses de toda la sociedad. A su vez, los intereses individuales cuya protección se arroga el demandante carecen de la homogeneidad que exige la doctrina de Fallos 332:111, pues no es posible conjeturar que todos los abogados de la matrícula federal compartan su postura que -por lo demás- contradice el interés del electorado —que comprende también a los abogados- en elegir, por la vía del sufragio universal, a sus representantes en un órgano de gobierno de gran envergadura institucional, que ejerce la delicada función de control sobre el Poder Judicial de la Nación.

En cuanto al doctor Traboulsi -que invocó su condición de abogado de la matrícula federal- no se advierte el agravio concreto que la aplicación de la normativa impugnada le ocasiona, pues nada le impide procurar su postulación como precandidato a consejero en representación de los abogados, mediante el procedimiento establecido en aquélla. Por su parte, en cuanto se presentó como apoderado del Partido Demócrata Cristiano (orden nacional), cuestionando el artículo 18 de la ley 26.855, tampoco acredita el perjuicio concreto al derecho que le asistiría a su representado (Fallos: 324:333, que remite al dictamen del Ministerio

Público Fiscal).

En suma, los litigantes no han demostrado tener un interés concreto distinto y diferenciado de los restantes ciudadanos que los habilite a cuestionar la constitucionalidad de la ley 26.855 en la instancia judicial. Al respecto, ha expresado el Tribunal en Fallos: 321:1252, considerando 25, que admitir la legitimación en un grado que la identifique con el “generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno”, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura. Y agregó que la protección de los ciudadanos, dada su base potencialmente amplia es, precisamente, el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles frente a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el Poder Judicial.

-VI-

Si bien lo expuesto basta para rechazar el planteo de los amparistas, para el caso de que esa Corte decida analizar las cuestiones de fondo propuestas, en razón de la inminencia de la convocatoria electoral y la gravedad institucional resultante de una multiplicidad de medidas cautelares trazadas en otras jurisdicciones, paso a emitir mi opinión sobre ellas.

En el caso en examen se encuentra controvertida la elección popular de los miembros del Consejo de la Magistratura pertenecientes a los estamentos de jueces, abogados y del ámbito académico y científico (artículos 4, 8 y 30 de la ley 26.855). A su vez, también se objeta el incremento del número de escaños asignados por esa ley a los representantes del ámbito académico y científico (artículo 2 de la ley 26.855).

A los efectos de analizar esa cuestión, cabe precisar que el artículo 114 de la Constitución Nacional determina que el Consejo de la Magistratura debe ser regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación, y será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la

representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal, como asimismo por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

De ello se desprende, con claridad, que la voluntad del constituyente ha sido delegar en el Congreso de la Nación la determinación del sistema de elección de los miembros del Consejo, así como del número de representantes de cada uno de los estamentos que lo componen. En particular, el artículo 114 de la Constitución Nacional no define el sistema de elección de los integrantes del Consejo pertenecientes a los estamentos de jueces, abogados y del ámbito académico y científico. Tampoco define el número de los representantes de cada estamento. Solamente impone como mandato al legislador que, al momento de definir el modo de elección y la composición, procure resguardar el equilibrio en su composición.

La discusión constituyente que, en el seno de la convención de 1994 dio lugar al texto del actual artículo 114 de la Constitución, da apoyo a la conclusión expuesta (cf., por ejemplo, las intervenciones de los convencionales Falbo, en la 19° Reunión, 3° Sesión Ordinaria, del 28 de julio de 1994, Ortiz Pellegrini y Álvarez, en la 21° Reunión, 3° Sesión Ordinaria, del 1 de agosto de 1994). Como es esperable en todo órgano plural y deliberativo, existieron intervenciones a favor de distintas posiciones. Sin embargo, del estudio de la totalidad de la discusión constituyente surge que no tuvo éxito la intención de algunos convencionales de generar un acuerdo específico acerca de cómo debían elegirse los miembros del Consejo y de que ello se reflejara en el texto constitucional.

Muchos convencionales, por su parte, destacaron el valor de la indeterminación de la cláusula de integración del artículo 114 a la que finalmente se arribó. Ella permitiría al Congreso —subrayaron— ir ajustando dinámicamente la regulación del sistema de elección y de la cantidad de miembros pertenecientes a los distintos estamentos sobre la base de la experiencia que se fuera obteniendo con la práctica efectiva de una institución que resultaba novedosa en el derecho argentino (cf., por ejemplo, intervenciones de los convencionales Hitters, 19° Reunión, 3°

Sesión Ordinaria, del 28 de julio de 1994, y Chiara Díaz, 21º Reunión, 3º Sesión Ordinaria, del 1 de agosto de 1994).

En suma, el estudio de los antecedentes constituyentes de la cláusula del artículo 114 de la Constitución muestra que el acuerdo de voluntades entre los convencionales fue estrictamente el que quedó plasmado en el texto constitucional: se delegó en el Congreso de la Nación la determinación del sistema de elección de los miembros del Consejo y del número de representantes de cada estamento a fin de lograr el equilibrio requerido constitucionalmente.

-VII-

Con anterioridad al régimen de elección popular introducido por la ley aquí cuestionada, el Congreso de la Nación, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 114 de la Constitución, sancionó las leyes 24.937 y 26.080. A través de esas normas y sus reglamentaciones, el Congreso disponía que la designación de los consejeros fuera realizada en elecciones directas organizadas por el propio Consejo de la Magistratura entre los jueces, por un lado, y los abogados de la matrícula federal, por otro, y gestionadas por juntas electorales designadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en un caso, y por el Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en el otro (cf. Leyes 24.937 y 26.080 y resoluciones del Consejo de la Magistratura 315/2006 y 317/2006, ambas del 6 de julio de 2006). Por su parte, en ese régimen, la representación del ámbito académico y científico dependía de la elección directa de profesores titulares de facultades y escuelas de derecho de las universidades nacionales organizada por el Comité Ejecutivo del Consejo Interuniversitario Nacional (cf. resolución del Comité Ejecutivo del Consejo Interuniversitario Nacional 108/1998, del 2 de julio de 1998).

Como es público y notorio, el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, con ese modo de integración, no logró satisfacer las expectativas sociales que llevaron a su creación: esto es, agilizar y transparentar la selección de jueces probos e independientes, así como adoptar procedimientos más eficaces de

control y remoción de los jueces. Así lo revelan los escasos procedimientos de acusación y selección de magistrados concretados durante el año 2012. Del sitio web institucional surge que durante ese periodo sólo se realizaron doce reuniones de la Comisión de Selección, se convocaron a seis concursos y únicamente se remitieron ternas al Poder Ejecutivo con respecto a dos concursos. Asimismo, en ese período, la Comisión de Acusación sólo sesionó once veces y no formuló ninguna acusación.

Ante ello, el Congreso de la Nación, en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 114 de la Constitución, dictó la ley 26.855, aquí controvertida. Allí introduce una reforma sustancial al régimen imperante hasta entonces, incorporando la elección popular de jueces, abogados y académicos y científicos para ejercer funciones dentro del Consejo de la Magistratura. La norma dispone que la elección de las personas pertenecientes a esos ámbitos sea realizada por sufragio universal junto con las elecciones nacionales —presidenciales o, en esta ocasión, legislativas— y que la postulación de esos candidatos se realice a través de agrupaciones políticas nacionales. A su vez, la norma incrementa el número de escaños asignados a los miembros provenientes del ámbito académico y científico.

A los fines de valorar si la elección popular dispuesta por el Congreso de la Nación contraría el artículo 114 de la Constitución, cabe considerar los principios y derechos elementales que atañen al diseño de nuestros órganos de gobierno y que se encuentran amparados en nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

Ello responde al deber de interpretar las cláusulas de la Constitución de modo sistemático y coherente, y no en forma aislada y desconectada del todo que componen (*Fallos:* 283:239; 301:489; 315:71 y 331:858). Como ha dicho la Corte Suprema, cada precepto constitucional recibe y confiere su inteligencia de y para todos los demás (doctrina de *Fallos* 320:875, consid. 14 y 15). De este modo, el artículo 114 no puede ser interpretado en forma aislada, sino como una pieza de nuestra Constitución que es coherente con el resto del engranaje constitucional —esto es, artículos 1 y 37 de la Constitución y los instrumentos internacionales a los que me referiré más adelante—.

A su vez, la consideración de los principios y derechos constitucionales que atañen al diseño de nuestros órganos de gobierno atiende a otro principio rector de la exegesis constitucional, a saber, nuestra ley fundamental no puede ser interpretada como una ley pétreas, sino que debe ser interpretada en forma dinámica y evolutiva para dar una respuesta adecuada a las demandas y necesidades sociales actuales y a los cambios que operan en una comunidad (*Fallos* 211:162; 214:291; 320:875; 320:2701). En *Fallos* 319:3267, la Corte Suprema ha recordado las palabras de la Corte de los Estados Unidos en el fallo "*Mc Culloch v. Maryland*" en el sentido de que "es una Constitución lo que estamos interpretando: una Constitución está concebida para proyectarse hacia el porvenir, y en consecuencia, para adaptarse a las distintas crisis de los asuntos humanos" (considerando 14). En idéntico sentido, la Corte Interamericana ha resaltado que los tratados de derechos humanos "son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos [...]" (Corte IDH, "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 146).

En este contexto interpretativo, cabe destacar que los artículos 1 y 37 de nuestra Constitución Nacional, como así también los tratados internacionales que integran el plexo constitucional de acuerdo con el artículo 75 inciso 22 consagran el derecho de todos los ciudadanos de participar en la dirección de los asuntos públicos como uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática y republicana y como una forma del reconocimiento de la dignidad humana.

Estos principios deben guiar la cuestión aquí debatida —la compatibilidad de la elección popular prevista en la ley 26.855 con el artículo 114 de la Constitución— dado que no puede perderse de vista que el Consejo de la Magistratura es un órgano de gobierno en tanto tiene la función esencial de administración y control de uno de los poderes del Estado. En efecto, nuestra Constitución Nacional adoptó un régimen de frenos y contrapesos entre los distintos poderes como una garantía de nuestras libertades y derechos y a fin de que cada uno de los poderes no se exceda en el ejercicio de sus funciones

constitucionales. Dentro de ese diseño, la Constitución ha encomendado al Consejo de la Magistratura la delicada función de control sobre el poder judicial. Concretamente, el Consejo interviene, junto con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en el proceso de designación y remoción de jueces. Asimismo ejerce otras funciones de gobierno, como el ejercicio de facultades administrativas, regulatorias y disciplinarias sobre los integrantes del Poder Judicial.

Así, al evaluar la constitucionalidad del modo de integración de un órgano de gobierno, como lo es el Consejo de la Magistratura, se debe partir de la base del compromiso constitucional con la forma democrática y republicana de gobierno (artículo 1 de la Constitución Nacional). Eso implica que la fuente de autoridad reside siempre en el pueblo (preámbulo y artículo 37) formado por ciudadanos iguales ante la ley (artículo 16) y con iguales derechos políticos y que las autoridades creadas por la Constitución son aquellas a través de las cuales el pueblo delibera y gobierna (artículo 22).

Los instrumentos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos han consagrado invariablemente el derecho de todos los ciudadanos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes (artículo 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, cabe destacar que tanto nuestra Constitución como los instrumentos internacionales mencionados reconocen que el sufragio universal es un medio que resguarda adecuadamente la participación del pueblo en los asuntos públicos (artículo 37, Constitución Nacional y tratados citados).

La comunidad internacional ha abogado por el incremento progresivo de la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Así, el artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001, por la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos afirma que “El ejercicio

efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”. En el mismo sentido, el artículo 6 enfatiza que “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

Como ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “el artículo 23 convencional impone al Estado ciertas obligaciones específicas. Desde el momento en que el artículo 23.1 establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas” (“Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr.156).

En suma, nuestra Constitución Nacional así como nuestros compromisos internacionales consagran y fomentan la participación ciudadana en los asuntos públicos y reconocen que el sufragio universal es un medio adecuado para ese fin. Las funciones encomendadas al Consejo de la Magistratura, como un órgano de control de otro poder, forman parte de los asuntos públicos, donde todos los ciudadanos tienen un derecho a participar. El artículo 114 de la Constitución debe ser interpretado de modo tal de ser compatible y coherente con esos principios y derechos, que emergen del engranaje constitucional del que el artículo 114 es parte.

En este marco, la elección popular prevista por la ley 26.855, así como el incremento de los escaños asignados a los miembros pertenecientes al ámbito académico y científico, vienen a reglamentar el artículo 114 de la Constitución de un

modo más coherente con nuestro compromiso constitucional democrático y dando una respuesta adecuada a la demanda social de incrementar la participación ciudadana en los órganos de gobierno.

Es claro que, para la evaluación de la representación de los estamentos de jueces, abogados y académicos en el Consejo no puede extenderse al derecho público, constitucional electoral en la especie, las categorías y razonamientos del derecho privado en relación con el mandato, del modo en que lo ha hecho la jueza que dictó las sentencias apeladas, sino que corresponde considerar la representatividad en armonía con lo establecido en los artículos 1 y 37 de la Constitución Nacional y con los instrumentos internacionales mencionados.

En efecto, el nuevo texto legal adopta una concepción de la democracia más vinculada con la pretensión de una ciudadanía políticamente activa. Ello se manifiesta de dos formas. Por un lado, al incrementar la participación ciudadana directa a través de la actuación de un mayor número de consejeros académicos y científicos, que son más sensibles al sentido común del ciudadano lego en ciencias jurídicas y que indudablemente representan intereses, demandas, carencias y expectativas de los diversos sectores sociales que integran nuestra Nación. Por otro, al consagrar la participación ciudadana indirecta mediante la elección popular.

Por el contrario, el planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.855 se aferra a una interpretación restrictiva del artículo 114 de la Constitución, que arrastra consigo una visión más restringida de la democracia —lo que no se compadece con los artículos 1 y 37 de la Constitución ni con los instrumentos internacionales citados— y que se funda en la representación de intereses sectoriales —jueces y abogados—, que no en todos los casos podría ser compatible con el ejercicio del estricto control de un poder del Estado, como lo es el Poder Judicial. En efecto, no se le debe conceder al controlado la potestad de definir los alcances de sus límites, por lo que los jueces deberían actuar con la mayor prudencia al examinar la constitucionalidad de normas dirigidas a revisar su actuación.

A esta altura no debería buscarse en la opinión explícita o en intenciones presuntas de algún constituyente el sentido verdadero del artículo 114 porque la búsqueda de criterios originarios en una Constitución jamás ha sido una pauta determinante para reflexionar sobre sus principios básicos que rigen nuestro destino como Nación. En cambio, ya no se duda sobre la forma en que el sentido democrático de la Constitución ha ido evolucionando hacia una noción de ciudadanía más participativa. Desde ese punto de vista, la tesis sostenida en las sentencias dirigidas a proscribir la participación ciudadana en uno de los órganos que controla el poder del Estado que nos adjudica los derechos en cada caso particular, resquebraja el significado más auténtico de nuestro emprendimiento colectivo, expresado en los ideales de representatividad y democracia.

La reglamentación impugnada es, de acuerdo a lo expuesto, razonable, pauta con la que se deben evaluar las facultades del Congreso (*Fallos*: 306:400 y 316:1261), y resulta adecuada para lograr los fines de desalentar que intereses sectoriales o corporativos puedan prevalecer en la actuación del Consejo, al dejar sin efecto el voto calificado que regía anteriormente para la elección de los consejeros de los citados estamentos.

-VIII-

Por último, la elección popular y la participación ciudadana en los órganos del gobierno —a la luz de los artículos 1 y 37 de la Constitución y de los instrumentos internacionales antes mencionados— no pueden conducir a quebrar el equilibrio y la independencia del Consejo de la Magistratura ni de los jueces seleccionados por ese órgano de gobierno, como se afirma en las sentencias apeladas. Ello se contrapone abiertamente con la relevancia, en la vida democrática, de la participación ciudadana que asegura la ley 26.855 mediante la ampliación del estamento de los académicos, así como por la elección popular, habida cuenta de que la representación democrática solo se configura cabalmente con el voto del pueblo, la forma más simple, insustituible y acabada de asegurar esa participación ciudadana.

Tampoco se advierte que la modificación en el número de representantes de cada estamento prevista por el artículo 4 de la ley 26.855 atente contra el equilibrio del órgano previsto constitucionalmente. Cabe recordar que la Constitución ha dejado en manos del Congreso la determinación exacta de la cantidad de los miembros pertenecientes a cada estamento. Una mera diferencia en el número de escaños no es suficiente para dar fundamento a una declaración de inconstitucionalidad por la violación del requisito del equilibrio entre los distintos grupos de consejeros (cf. en sentido equivalente, dictamen del Procurador General de la Nación *in re “AABA c/ Estado Nacional, ley 26.080 s/ amparo”*, A.1343, L. XLII, del 3 de noviembre de 2006).

Además, el equilibrio que requiere la norma constitucional se halla resguardado, pues ninguno de los estamentos individualizados en la primera parte de la norma (legisladores, magistrados judiciales y abogados), puede, por sí solo, hacer prevalecer su voluntad. Suponer que la composición del Consejo establecida por la normativa impugnada generará un desequilibrio no querido por el constituyente es, simplemente, una conjetura que, como tal, es claramente insuficiente para privar de validez constitucional a un precepto legal. En efecto, el debate sobre la razonabilidad de una norma no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ella contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarla en mérito a factores extraños a sus disposiciones (*Fallos: 324:3345*). Por ello es que se exige al interesado en la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal que demuestre claramente de qué manera éste contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, para lo cual es menester que precise y acredite fehacientemente el perjuicio que le origina su aplicación, sin que resulte suficiente para dicho cometido la invocación de agravios meramente conjeturales (confr. doct. de *Fallos: 307:1656* y *316:687*).

En lo que hace a la independencia de los integrantes jueces del organismo que, según se sostiene en las sentencias apeladas, se verá afectada por la elección popular de aquéllos, advierto que las afirmaciones vertidas sobre ese tema

en las decisiones apeladas no consideran que, en el ámbito de ese cuerpo colegiado, los magistrados no desempeñan funciones judiciales, sino que integran un órgano de gobierno.

Por lo demás, la circunstancia de que las listas de candidatos sean vehiculizadas a través de agrupaciones políticas no implica que los candidatos sean partidarios, pues no se exige a aquéllos afiliarse a un partido político ni desempeñar cargos partidarios. De este modo, ello no afecta la independencia de los jueces en su función de resolver los casos a su estudio. Dada la posición del Consejo de la Magistratura dentro del conjunto de órganos de gobierno de la Nación, la decisión del Congreso de garantizar a través de los partidos políticos la representación ciudadana en ese cuerpo es una medida acorde con la función que el artículo 38 de la Constitución reconoce a esas organizaciones.

En efecto, los partidos políticos son y han sido históricamente las agrupaciones intermedias entre el pueblo y los representantes en el ámbito de la democracia representativa. Ellos ocupan un lugar esencial en el diseño constitucional del acceso de la ciudadanía al gobierno, tal como lo ordenan los artículos 37 y 38 de la Constitución. “[L]os partidos políticos —ha dicho la Corte— cuya existencia y pluralidad sustenta el artículo 1º de la Constitución, condicionan los aspectos más íntimos de la vida política nacional e, incluso, la acción de los poderes gubernamentales [...] [D]e los partidos depende en gran medida lo que ha de ser, en los hechos, la democracia del país; y que al reglamentarlos, el Estado democrático cuida una de las piezas principales y más sensibles de su complejo mecanismo vital” (*Fallos*: 310:819, considerando 15).

-IX-

En conclusión, la elección popular y el incremento de escaños asignados a los miembros del ámbito académico y científico dispuestos por la ley 26.855 no son incompatibles con el artículo 114 de la Constitución Nacional, sino que consagran una interpretación de ese precepto que concilia mejor su texto con el compromiso asumido con la ciudadanía, con el resguardo de la soberanía del pueblo, la democracia representativa y el consiguiente fortalecimiento de la participación ciudadana. Al mismo tiempo, este nuevo régimen avanza en el cumplimiento cabal de los compromisos internacionales asumidos en materia de

derechos humanos que le imponen al Estado argentino el deber de asegurar la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en asuntos públicos tan relevantes para la vida democrática como los vinculados con el gobierno de la administración de justicia.

Opino, entonces, que corresponde declarar formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y revocar las sentencias apeladas.

Buenos Aires, 17 de junio de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, dieciocho de junio de 2013

Vistos los autos: "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto del Poder Ejecutivo n° 577/2013 y dejó sin efecto jurídico la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario por salto de instancia –en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– que fue declarado admisible por este Tribunal.

2º) Que el recurrente considera infundada y arbitraria la admisión de la acción de amparo por no advertirse la presencia de caso; entiende que el actor carece de legitimación por no haber acreditado un perjuicio concreto y actual y se agravia de la interpretación que la jueza efectuó respecto de conceptos vinculados con la composición y el modo de selección de los miembros del Consejo de la Magistratura, tales como representación, equilibrio, elección popular y partidaria, e independencia judicial.

3º) Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales. En el sub examine se encuentran reunidos los recaudos que determinan su admisibilidad porque, ante la inminencia del vencimiento de los plazos establecidos en el calendario electoral, las vías procesales ordinarias resultan ineficaces para remediar en forma oportuna la afectación de los derechos invocados por el actor.

En consecuencia, corresponde desestimar el agravio referido a la improcedencia del remedio procesal elegido por el actor.

4º) Que tampoco corresponde hacer lugar a los agravios vinculados con la falta de legitimación activa. En efecto, esta Corte ha sostenido que el Poder Judicial de la Nación solo interviene en el conocimiento y decisión de "causas" (artículo 116 de la Constitución Nacional) y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista causa o controversia (Fallos: 326:2998 y 3007, entre otros).

En este sentido, el actor invoca el carácter de apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura. Señala que las disposiciones de la ley 26.855, además de establecer un sistema de selección de representantes que no respeta lo establecido en el artículo 114 de la Constitución Nacional, impone requisitos para la participación en los comicios a celebrarse que proscriben a la agrupación.

De manera que se encuentra acreditada la existencia de un interés "concreto", "directo" e "inmediato" de su parte en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones.

5º) Que habida cuenta de la naturaleza federal de las normas en cuestión y de la trascendencia del caso a resolver,

esta Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos disputados, lo que implicará examinar temas que se encuentran inescindiblemente vinculados a ellas (Fallos: 330:3836, 3471, 2180; 329:4206).

6º) Que en primer término es necesario recordar que de acuerdo a la forma republicana y representativa de gobierno que establece nuestra Constitución (artículos 1º y 22), el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección pero cuya legitimidad democrática es idéntica.

La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 1º, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos.

7º) Que asimismo cabe señalar que es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Éstos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros).

8º) Que sobre esas bases, y con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que le corresponde a los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido "...que es elemental en nuestra organización 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, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo 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).

9º) Que para defender esta supremacía, el Tribunal ha declarado a lo largo de su historia -y más allá de los votos individuales de sus miembros-, la inconstitucionalidad de normas que, aun cuando provenían del órgano legislativo que representa la voluntad popular, resultaban contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales y afectaban derechos de las personas.

Solo a modo de ejemplo, puede mencionarse que la Corte Suprema estableció la inconstitucionalidad de: las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final que impedían juzgar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar ("Simón", Fallos: 328:2056); la ley de Matrimonio Civil que, al impedir a las personas divorciadas volver a casarse, limitaba la autonomía individual ("Sejean", Fallos: 308:2268); las normas del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto desconocían las facultades acusatorias y la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal ("Quiroga", Fallos: 327:5863); la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal ("Bazterrica" y "Arriola", Fallos: 308:1392 y 332: 1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad ("Halabi", Fallos: 332:111); la Ley de Contrato de Trabajo que desconocía el derecho del trabajador a la protección integral en la medida que fijaba un tope a la indemnización por despido. ("Viz-

zoti", Fallos: 327:3677) y negaba naturaleza salarial a los va-les alimentarios ("Pérez", Fallos: 332:2043); la ley de Riesgos del Trabajo que impedía al trabajador que había sufrido un acci-dente laboral acceder a una plena reparación ("Aquino", Fallos: 327:3753) en forma inmediata y no sujetaba a un sistema de renta periódica ("Milone", Fallos: 327:4607); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representan-tes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial ("Rossi", Fallos: 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos ("Asociación de Trabajadores del Estado", Fallos: 331:2499). También invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reco-nocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria ("Itzcovich", Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movi-lidad jubilatoria del artículo 14 bis de la Constitución Nacio-nal ("Badaro", Fallos: 330:4866).

10) Que este reconocimiento de derechos ha sido posиble porque nuestra Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo.

La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el recono-cimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos: 328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.

La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pue-blo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esen-

cia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47).

Es por ello que a ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues "toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento (...) que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo" (Fallos: 155:290).

11) Que de lo hasta aquí expuesto se desprende que solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema (Fallos: 316:2940). Así lo entendió el constituyente de 1994 que en el artículo 43 del Texto Fundamental expresamente reconoció la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

12) Que en este sentido el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces que han recibido del pueblo argentino —a través de los constituyentes— el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal (artículos 31, 116 y 117), no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado.

El cumplimiento de esta función no supone en modo al-

guno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de un caso o contienda entre partes; tampoco permite que el Poder Judicial ingrese en el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado al adoptar las decisiones que les son propias.

Por lo demás, este Tribunal también ha entendido, por aplicación del principio de división de poderes, que la interpretación de las leyes debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico; solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (Fallos: 249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447).

13) Que establecidas las bases normativas de máxima jerarquía que facultan a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de toda ley o norma que se oponga a las cláusulas constitucionales, corresponde formular una importante aclaración.

Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate. Pero ello no puede llevar a desconocer ni las premisas normativas sobre las que se asienta el control judicial de constitucionalidad, ni que este sistema está, en definitiva, destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno. En este marco los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.

14) Que corresponde entonces ingresar en el examen de la cuestión de fondo. El artículo 114 de la Constitución Nacional, segundo párrafo dispone que el Consejo de la Magistratura

"será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley".

15) Que con el fin de reglamentar este artículo el Congreso Nacional dictó la ley 26.855 según la cual el Consejo de la Magistratura quedará conformado por un (1) representante del Poder Ejecutivo Nacional, seis (6) legisladores, tres (3) jueces, tres (3) abogados y seis (6) representantes de los ámbitos académico y científico.

En lo que hace a la forma de selección de estos integrantes, la norma prevé: a) que los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría; b) que el Poder Ejecutivo Nacional designará un representante; c) que los jueces, los representantes de los abogados y de los académicos y científicos serán elegidos por el Pueblo de la Nación por medio del sufragio universal, correspondiendo, respectivamente, dos (2) jueces, dos (2) abogados y cuatro (4) académicos o científicos a la lista ganadora por simple mayoría, y un (1) juez, un (1) abogado y dos (2) académicos o científicos a la que obtuviera el segundo lugar (artículo 2 de la ley).

Por último, en los artículos 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 se fija el procedimiento de elección de representantes de jueces, abogados, científicos y académicos.

16) Que en primer lugar resulta necesario establecer los alcances del artículo 114 de la Constitución, para luego analizar si la ley cuestionada -en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de jueces, abogados, académicos y científicos- es compatible con su texto.

A tal fin corresponde examinar el sentido literal del artículo 114, los objetivos que persigue la Carta Fundamental al incorporar a nuestro sistema el Consejo de la Magistratura, las expresiones del constituyente al dar origen al texto, y por último, el sentido que lógicamente debe deducirse del contexto constitucional en el que está inserto.

Esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y 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 (Fallos: 334:13).

17) Que el método gramatical por el cual comienza toda tarea interpretativa obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (confr. arg. Fallos: 262:60; 308:1745; 327:4241, entre otros).

18) Que de una lectura de la primera parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución resulta claro que al Consejo de la Magistratura lo integran representantes de los tres estamentos allí mencionados: órganos políticos resultantes de la elección popular (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), jueces de todas las instancias y abogados de la matrícula federal.

Así, las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la po-

sibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral.

Por lo demás, la redacción es clara en cuanto relaciona con la elección popular a solo uno de los sectores que integra el Consejo, el de los representantes de los órganos políticos. Por su parte prevé que el órgano también se integra con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal, cuya participación en el cuerpo no aparece justificada en su origen electivo, sino en el carácter técnico de los sectores a los que representan.

A su vez, en el precepto no se dispone que esta composición deba ser igualitaria sino que se exige que mantenga un equilibrio, término al que corresponde dar el significado que usualmente se le atribuye de "contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas" (Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001).

19) Que corresponde ahora analizar la segunda parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución, que establece que el Consejo de la Magistratura estará integrado "asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley".

Más allá de la delegación que el Constituyente hace a favor del Congreso en cuanto al número y forma en que los académicos y científicos deben integrar el órgano, tal disposición debe interpretarse de modo de no contradecir la letra de la primera parte del mencionado párrafo segundo. A tal fin, cabe tener presente que si bien es cierto que la Constitución Nacional les ha dado a aquéllos una participación en el Consejo, no les ha asignado un rol central. El texto constitucional no ofrece dudas en cuanto a que este sector no está en el centro de la escena. Esta conclusión surge de la literalidad de la norma, donde académicos y científicos aparecen en una segunda parte del

párrafo, a modo de complemento.

Por otra parte, en cuanto a la forma de elección, caben similares consideraciones que las realizadas respecto de jueces y abogados. Aunque la norma constitucional no hace referencia expresa a los representantes de los académicos y científicos, dicho texto, a la luz de lo previsto en la primera parte conduce razonablemente a sostener que la elección de estos integrantes tampoco puede realizarse a través del voto popular.

En este sentido, no debe perderse de vista la terminología utilizada. El adverbio "asimismo", según el Diccionario de la Real Academia Española, significa "también", como afirmación de igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada, lo cual da la idea de que debe mantenerse el equilibrio y el sistema de representación de la primera parte.

20) Que esta interpretación se encuentra avalada en los objetivos que persigue la Carta Fundamental. El segundo párrafo del artículo 114 debe interpretarse como parte de un sistema que tiende, en palabras del Preámbulo, a afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad. Para lograr esos fines nuestra Constitución Nacional garantiza la independencia de los jueces en tanto constituye uno de los pilares básicos del Estado Constitucional.

Por ello, el nuevo mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a esta Corte, contemplado en la reforma de 1994, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Tal opción no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial, en tanto garantía prevista por la Constitución Federal.

En este sentido, no ha dado lugar a controversias que la inserción del Consejo de la Magistratura como autoridad de la Nación ha tenido por finalidad principal despolitizar parcial-

mente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta (Fallos: 329:1723, voto disidente del juez Fayt, considerando 12).

Es evidente que con estos fines se ha pretendido abandonar el sistema de selección exclusivamente político-partidario. En palabras de Germán Bidart Campos, es inocultable la búsqueda del constituyente de "amortiguar la gravitación político-partidaria en el proceso de designación y enjuiciamiento de jueces" ("Tratado Elemental de Derecho Constitucional", 1997, T. VI, pág. 499).

21) Que, asimismo, la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial (confr. arg. Fallos: 100:337; 220:689; 333:633) que ratifica los criterios hasta aquí expuestos. El examen de los antecedentes deliberativos que concluyeron en el texto sancionado en la convención de Santa Fe, ratifica el genuino contenido de la cláusula constitucional en los términos interpretados con anterioridad en cuanto, a fin de afianzar la independencia de los jueces como garantía de los habitantes, despolitiza el procedimiento de selección de los miembros del Consejo, dispone su elección a través de sus respectivos estamentos y establece un equilibrio en su modo de integración.

22) Que en efecto, un grupo de convencionales presentó un proyecto de reforma de la Constitución Nacional cuyos fundamentos expresaban su intención de "vigorizar la independencia del Poder Judicial (...) en este sentido se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados, que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados" (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios

Constitucionales y Políticos, *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, T. II, págs. 1922 a 1929).

23) Que es de sumo interés señalar que en el seno de la Comisión de Coincidencias Básicas, y a raíz de ciertos interrogantes planteados por los convencionales, el miembro informante por la mayoría expresó que: "...donde se dice representantes de los jueces no parece fácil interpretar que sea otra cosa que la persona elegida por los propios jueces (...) me parece está implicada en el Consejo de representantes la elección de los jueces entre los jueces; y algo análogo respecto de los abogados, la elección de los abogados entre los abogados".

Ante el requerimiento de que aclarase si la expresada era su opinión o la de los autores del núcleo a fin de servir como interpretación auténtica, el convencional informante señaló: "Ésta fue la interpretación con que fue insertado en el proyecto que ahora estamos considerando y si vamos más atrás, si vamos al Pacto que dio motivo a la ley, en ese texto también fue empleado con este espíritu..." (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. IV, págs. 3256/3257).

24) Que también adquieran peso decisivo las expresiones utilizadas por el mismo convencional en oportunidad de fundar el proyecto ante el pleno de la convención.

Tras referirse a la necesidad de reformar el sistema judicial a fin de recuperar la "confianza pública en su sistema institucional", dicho convencional sostuvo que "El órgano central de esta reforma es el Consejo de la Magistratura" y, en lo que aquí interesa manifestó: "En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces -cuya misión es la de decidir casos concretos- puedan llegar a transformarse

en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente -por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas- el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos" (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 4888).

Finalmente, corresponde destacar que la intención del constituyente al incorporar el artículo 114 fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial. En efecto, en el discurso de cierre, el convencional Raúl Alfonsín leyó un texto en el que se hacia manifiesta la intención del bloque que presidía respecto de las reformas que seguidamente serían aprobadas y que expresaba: "Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la Magistratura (...) aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente" (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, págs. 5155/5156).

Tras un extenso debate ese proyecto contó con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión de Coincidencias Básicas, y fue aprobado por la mayoría de los integrantes de la convención -177 convencionales- en la sesión del 1º de agosto de 1994. Cabe destacar que de la lectura de los debates del pleno de la convención surge que hubo acuerdo en que el Consejo de la Magistratura tuviera esta composición mixta y equilibrada por la que algunos integrantes provenieran de los órganos

políticos resultantes de la voluntad popular y los otros de los estamentos técnicos (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. IV, págs. 3905/3910 y ss., págs. 4262/4269 y T. V, págs. 4883/5176).

25) Que la concepción de los constituyentes que aprobaron el texto sancionado fue mantener en el Consejo un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de uno sobre otros. Es decir que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo al cuerpo.

Además, la consideración integral y razonada de los antecedentes reseñados lleva consistentemente a concluir que para el constituyente la elección de los representantes de los estamentos técnicos estaba a cargo exclusivamente de quienes los integran.

26) Que corresponde seguidamente considerar el modo de elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura en el contexto de la parte orgánica de nuestra Constitución, pues los poderes constituidos no podrían jamás, en ninguna circunstancia, desconocer la forma en que los constituyentes organizaron la división del poder estatal en la Argentina.

Cuando se trata de representaciones que surgen del sufragio universal, el texto constitucional determina en qué casos es admitido. En efecto, la elección popular directa fue explícitamente reservada por el constituyente a las autoridades nacionales de índole política. Ello resulta en forma indubitable cuando se prevé que "El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo (...) A este fin, el territorio nacional conformará un distrito único" (artículo 94). Asimismo, y en cuanto a los integrantes del Poder Legislativo, el texto constitucional prevé que "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Ca-

pital en caso de traslado..." (artículo 45) y que los senadores serán "...elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en números de votos..." (artículo 54).

La reforma constitucional de 1994 sustituyó la forma de elección indirecta por medio del Colegio Electoral para el Poder Ejecutivo, y la elección por vía de legislaturas provinciales para los Senadores Nacionales. En ambos casos, se eliminó la intermediación sujetando la elección directamente a la voluntad popular. Debe concluirse entonces que cuando el constituyente consideró necesario modificar el sistema de elección indirecta de las autoridades políticas, lo mencionó expresamente, de forma indubitable.

Esta conclusión encuentra fundamento en que, de no establecerse con la máxima raigambre los supuestos en los que se adoptará la forma de elección directa, la expresión de la voluntad democrática del pueblo quedaría sujeta a la decisión del Congreso de mantener o cancelar los cargos electivos según si el comportamiento de la mayoría del pueblo coincide o no con la mayoría en el Congreso. En el plano del ejercicio de los derechos políticos, esta situación llevaría además a una permanente incertidumbre de los ciudadanos respecto de cuáles son los funcionarios que pueden o no elegir en base al voto popular.

Por último no puede dejar de señalarse que a lo largo de la historia política de nuestro país, no se registran antecedentes en los que el Poder Legislativo haya creado un cargo de autoridades de la Nación adicional a los que se establecen en el texto constitucional, sometiéndolo al sufragio universal.

27) Que desde otra perspectiva, la Constitución tampoco autoriza al legislador a determinar la elección directa de los Consejeros de la Magistratura en tanto este cuerpo, en su condición de órgano con competencias especiales, se inserta dentro de la estructura del Poder Judicial (Sección Tercera, Capí-

tulo Primero de la Constitución Nacional y conf. arg. Fallos: 330:2351, voto de la mayoría, considerando 11).

El Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa. En la Asamblea Constituyente de 1853/60 expresamente se decidió que los jueces fueran elegidos por el pueblo pero en forma indirecta, al ser nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

Este esquema fue ratificado por la reforma de 1994. Se mantuvo el sistema de selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son nombrados por el Poder Ejecutivo "con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto". Por su parte, los jueces de los tribunales federales inferiores son nombrados por el Poder Ejecutivo "en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos" (artículo 99, inc. 4).

En consecuencia, resulta consistente que los consejeros, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos en forma indirecta, de la misma manera que los jueces.

28) Que todos los caminos de interpretación transitados anteriormente llevan a concluir que la elección de los representantes de los jueces, abogados y académicos o científicos no puede realizarse por sufragio universal, sino que debe efectuarse en el ámbito de sus respectivos estamentos.

Se concluye también que con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial. Para ello, se ha buscado reducir la gravitación político-partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada respecto al poder que ostentan, por un lado, el sector político y,

por el otro, el estamento técnico. Esto es, que los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular no puedan ejercer acciones hegemónicas o predominar por sobre los representantes de los jueces, de los abogados y de los académicos o científicos, ni viceversa.

29) Que corresponde examinar ahora si el legislador, al sancionar la ley 26.855, respetó lo previsto en el artículo 114 en lo que respecta a la composición y procedimiento de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura.

Por las razones que a continuación se explicarán, la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario, b) desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos, c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral.

30) Que del sistema de selección de los miembros del Consejo de la Magistratura adoptado por esta ley se sigue indefectiblemente que, con la modificación que ella introduce, doce (12) de los diecinueve (19) integrantes serán elegidos en forma directa por sufragio universal y los siete (7) restantes en forma indirecta por los órganos resultantes de la elección popular. De este modo, ya sea directa o indirectamente, la totalidad de los integrantes del Consejo tendría un origen político-partidario.

Es claro, entonces, que esta modificación importa un evidente apartamiento de lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución Nacional que, ya se ha dicho, buscó asegurar una composición equilibrada entre los integrantes del Consejo, de modo tal que no tuvieran primacía los representantes provenientes del sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario respecto de los representantes del Poder Judicial, del ámbito

profesional y del académico.

31) Que, además, la convocatoria a elecciones nacionales para elegir a los abogados y jueces que integrarán el Consejo de la Magistratura desconoce las reglas de representación que establece el artículo 114 de la Constitución Nacional.

En efecto, en el texto constitucional no se dispone que el Consejo se integre con jueces y abogados sino con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal. Es decir que el constituyente decidió que quienes ocupen un lugar en este órgano lo hagan en representación de los integrantes de esos estamentos técnicos.

En consecuencia, no es la sola condición de juez o abogado lo que los hace representantes, sino su elección por los miembros de esos estamentos, pues para ejercer una representación sectorial se requiere necesariamente un mandato, que solo puede ser otorgado por los integrantes del sector.

De manera que la particular ingeniería diagramada por el constituyente se vería burlada en el caso de que los consejeros por los estamentos señalados emergieran de una elección general, pues dejarían de ser representantes del sector para transformarse en representantes del electorado.

32) Que con relación a los científicos y académicos, cabe reiterar que participan con los demás estamentos del mandato de representación equilibrada y que, aunque la Constitución Nacional les ha dado participación en estos términos en el Consejo, no les ha asignado un rol central. Es por ello que resulta incuestionable que la ley sobredimensiona la representación de este sector al elevar a seis el número de sus integrantes (el doble que el fijado para los representantes de los diputados, senadores, jueces y abogados) y al mismo tiempo la distorsiona al establecer su elección por medio del sufragio universal y no por los integrantes de dicho sector.

De tal modo, la norma reescribe indebidamente el artículo 114 de la Constitución, otorgándole una preeminencia a un estamento que tuvo en su origen constitucional un rol complementario o secundario y termina asumiendo un papel preponderante en el funcionamiento del cuerpo.

33) Que, por otra parte, esta ley en su artículo 4º prevé la participación de los jueces en procesos electorales como candidatos al Consejo nominados por los partidos políticos.

De acuerdo a sus términos, el magistrado que aspira a ser miembro del Consejo en representación de los jueces debe desarrollar actividades político-partidarias, llevar a cabo una campaña electoral nacional con el financiamiento que ello implica, proponer a la ciudadanía una determinada plataforma política y procurar una cantidad de votos que le asegure ingresar al Consejo de la Magistratura.

Esta previsión desconoce las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obliga al juez que aspira a ser consejero a optar por un partido político.

En la práctica, la ley contraria la imparcialidad del juez frente a las partes del proceso y a la ciudadanía toda, pues le exige identificarse con un partido político mientras cumple la función de administrar justicia. Desaparece así la idea de neutralidad judicial frente a los poderes políticos y fácticos.

34) Que el modelo adoptado no registra antecedentes que lo avalen en el derecho público provincial, ya que, en todos los casos de representaciones de estamentos de jueces y abogados, la elección es horizontal. Solo en dos provincias, Chubut y Santa Cruz, hay miembros que resultan directamente elegidos por el pueblo, pero en ambas esa disposición tiene jerarquía constitucional. En esos supuestos se mantiene la representación por estamentos. La regla única, sin fisuras, es la horizontalidad en

la designación de los representantes de los estamentos de jueces y abogados, sea por elección o por sorteo.

El fundamento de esta regla es que una elección de los consejeros vinculada a las elecciones generales produciría grandes oscilaciones políticas en las composiciones. Es previsible que, luego de un tiempo de aplicación, los jueces vayan adoptando posiciones vinculadas a los partidos que los van a elegir, y luego promover o no en sus carreras, afectándose así su imparcialidad. De tal modo, quienes sostienen una solución de este tipo cuando están en situación de poderío, la criticarán cuando estén en posiciones de debilidad. Las reglas constitucionales deben ser lo suficientemente equilibradas para que sean aceptadas por todos, poderosos o débiles.

Tampoco hay antecedentes en el derecho comparado latinoamericano. En Bolivia, único país en que fue tomada la elección popular, esa decisión se tomó por vía de una reforma constitucional, modificando el régimen que había sido instituido apenas dos años antes en la Constitución Política del Estado de Bolivia.

35) Que por las razones hasta aquí explicadas, el artículo 2º la ley 26.855 es inconstitucional en cuanto prevé la elección mediante el sufragio universal de los representantes de los jueces, de los abogados, y de los científicos y académicos, sobredimensiona la participación de estos últimos y afecta la independencia de los jueces.

36) Que sin perjuicio de lo expuesto, esta Corte no puede dejar de señalar que el sistema electoral fijado en los artículos 4º y 18 de la ley 26.855 para elegir a los consejeros resulta de todos modos constitucionalmente inadmisible al establecer, con el pretexto de ordenar el proceso electoral, mecanismos que distorsionan el principio de transparencia e igualdad en la oferta de candidatos (artículo 37 de la Constitución Nacional).

37) Que, en primer lugar, establece diversos obstáculos a la posibilidad de constituir agrupaciones políticas. En efecto, el artículo 4º dispone que "no podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura". En este punto, el legislador ha establecido una barrera electoral irrazonable y discriminatoria, que cercena un derecho humano de importancia fundamental como lo es el de asociarse políticamente. La ley no fija una simple limitación al derecho a ser elegido para cubrir ciertos cargos públicos del que gozan todos los ciudadanos, sino que lisa y llanamente les veda a éstos la posibilidad de organizarse y formar un partido político que persiga como único objetivo aspirar a la categoría de consejero de la magistratura. Los ciudadanos pueden constituir partidos políticos y aspirar únicamente al cargo de Presidente de la Nación, o de Senador Nacional, o de Diputado Nacional, mas no pueden hacerlo si su única finalidad es competir por lugares en el Consejo de la Magistratura.

38) Que tampoco es razonable restringir la posibilidad de presentar candidatos al Consejo de la Magistratura solo a las agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales. Tal criterio restringe sin motivo la participación en la contienda electoral y reduce las opciones de los electores.

39) Que no se observa que existan razones de representatividad, de organización electoral, de preservación de ese proceso, de fortalecimiento del sistema democrático o de cualquier otra índole (vgr. las que motivaron la decisión de esta Corte en Fallos: 332:433) que puedan justificar la decisión de limitar a las agrupaciones políticas. Restricciones de este tipo no pueden fortalecer en forma alguna la democracia, ni contribuir al pluralismo político, ya que limitan sin justificación el régimen plural de partidos y la organización de agrupaciones políticas para una categoría determinada.

40) Que también resulta irrazonable el requisito previsto en el artículo 18 para adherir la boleta de consejeros a

la de legisladores nacionales en cada distrito, en la medida que requiere que en al menos 18 de los 24 distritos la mencionada adhesión se realice exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación.

El Estado no puede implementar un sistema electoral que coloque en mejor condición a una o unas pocas agrupaciones políticas por sobre el resto. Dentro del proceso electoral, el rol del Estado es decisivo en la regulación de los medios instrumentales previstos para canalizar la oferta electoral. En consecuencia, es dable esperar que las normas que regulan el diseño de la boleta electoral fortalezcan la calidad y transparencia de tal proceso y eviten influenciar o confundir al votante generando interferencias en el ejercicio de su derecho de seleccionar a las autoridades.

La exigencia contenida en el artículo 18, lejos de proteger la integridad, transparencia y eficiencia del proceso electoral, establece una barrera para la adhesión de boletas que, por no responder a criterios objetivos y razonables, distorsiona las condiciones de la competencia política y tergiversa la expresión de la voluntad popular.

41) Que por todo lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y, por consiguiente, del decreto 577/13 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura.

Asimismo, atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley y a la decisión que aquí se adopta, no entrará en vigencia la modificación dispuesta en el artículo 6º, inciso 15, que requiere una mayoría absoluta del total de los miembros para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018, formular la acusación ante el jurado de enjuiciamiento y ordenar la suspensión de magistrados. Idénticas consecuencias se proyectan sobre las demás modifica-

ciones que la ley 26.855 introduce con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura.

42) Que, finalmente, esta resolución no puede desatender las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Esta circunstancia exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización de la administración de justicia, determine claramente los efectos de su pronunciamiento. En este sentido, corresponde aclarar que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables en el considerando precedente, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

43) Que más allá de las cuestiones abordadas y decididas por esta Corte en los considerandos que anteceden con particular referencia a los planteos constitucionales formulados en esta causa, cabe subrayar que el proceso electoral había sido suspendido —en la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura— como consecuencia de otras resoluciones dictadas por jueces federales de distintas jurisdicciones territoriales que han sido puestas en conocimiento de las autoridades competentes.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario por salto de instancia y se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/13.

II. Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley.

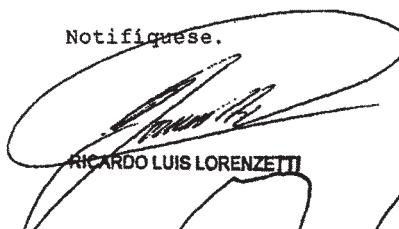
III. Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

IV. Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855 y en los artículos 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/13.

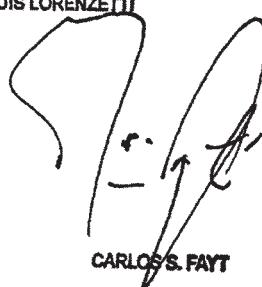
V. Aclarar que lo resuelto no implica afectación alguna del proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/13.

-/- VI. Imponer las costas a la recurrente (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese.



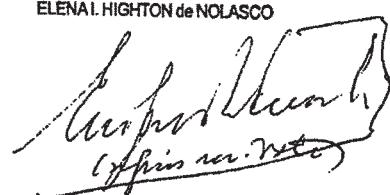
RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



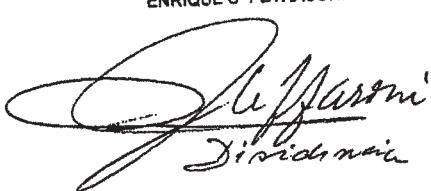
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



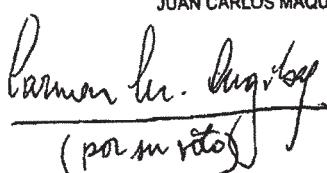
ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

VO-/-

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que Jorge Gabriel Rizzo interpuso acción de amparo en su carácter de apoderado de la Lista 3 "Gente de Derecho" [agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que viene participando en los procesos de elección de los representantes de ese estamento en el Consejo de la Magistratura] con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto del Poder Ejecutivo N° 577/2013. Sostuvo que las citadas normas vulneraban la representación que la Constitución Nacional garantiza a los abogados en el Consejo de la Magistratura, según lo dispuesto en su artículo 114.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1, Secretaría Electoral, hizo lugar a la demanda y, como consecuencia, dispuso dejar sin efecto la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del mencionado Consejo.

2º) Que, contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario por salto de instancia que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 257 ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esta Corte declaró admisible por resolución del pasado 13 de junio.

3º) Que la recurrente se agravía, fundamentalmente, porque considera, por un lado, que no existe causa o controversia y que la actora carece de legitimación activa; por el otro, que la ley 26.855 constituye una legítima y razonable reglamentación del artículo 114 de la Constitución Nacional.

4º) Que, con relación al primer planteo, los agravios del apelante resultan manifiestamente infundados pues se limitan a citar, dogmáticamente, precedentes de esta Corte en materia de legitimación, y a señalar que la ley 26.855 no produce al ampa-

rista un perjuicio actual y concreto, puesto que no le impide "acceder a una postulación en alguno de los partidos políticos nacionales que sea afín a sus ideas".

Sin embargo, estas afirmaciones no se hacen cargo del núcleo del planteo del actor, según el cual la afectación de su derecho consiste en que: a) la ley 26.855 "so pretexto de una mayor representatividad 'democrática' establece que quien represente 'a los abogados de la matrícula federal' no sea electo por sus representados, los abogados, sino por todos los habilitados a emitir sufragio"; y b) "quien aspire a 'representar' al segmento de los abogados de la matrícula federal, deberá (...) ser afiliado, o al menos haber acordado con un partido político su precandidatura (...) para finalmente no 'representar' a los abogados [sino] (...) al Partido Político que le permitió llegar a ese lugar".

En tales condiciones, resulta que el amparista tiene un interés jurídico propio y diferente y, por ello, suficiente en la resolución de la controversia o, como lo ha sostenido esta Corte, que las normas impugnadas lo afectan de forma "suficientemente directa" o "substancial" (Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, entre otros).

5º) Que, sentado lo expuesto, corresponde determinar si las disposiciones de la ley aquí objetada respetan el artículo 114 de la Constitución Nacional, en cuanto establece, en su segundo párrafo, que: "El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley".

6º) Que, en primer término, es necesario recordar que la actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite la supremacía de la Constitución Nacional (artículos

30 y 31). En otras palabras, los poderes públicos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico imperativo al que se encuentran sometidos; y si no lo hacen, sus actos deben ser invalidados para proteger la vigencia de las normas fundamentales impuestas por el pueblo soberano.

Con esta finalidad, la Constitución reconoce a cada uno de los órganos gubernamentales distintas facultades que le permiten, y lo obligan, a controlar el accionar de los otros. Y es en este balance, que el Poder Judicial adquiere una función fundamental: el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

En tal sentido, esta Corte ha reconocido desde antiguo, con sustento en el artículo 116 de la Ley Fundamental, “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 á su decisión, comparándolas con el testo de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo 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 é involuntarios de los poderes públicos” (caso “Elortondo”, Fallos: 33:162).

Es que, como lo ha dicho el Tribunal, el control judicial de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial, o la de la Corte, aun cuando sea precisamente ésta, configurado un caso, el intérprete final de aquélla (Fallos: 316:2940).

7º) Que el propósito que guió la incorporación del artículo 114 a la Constitución Nacional fue reformular la relación de los poderes Ejecutivo y Legislativo –que responden básicamente a la dinámica del proceso político– con el Poder Judicial, en el sentido de fortalecer su independencia, al reducir,

en cierta medida, la influencia de los actores políticos.

Para alcanzar ese objetivo, la referida cláusula constitucional dispone que cuestiones tales como la selección de postulantes para acceder a la judicatura, o el procedimiento de remoción de jueces, entre otras, estarán a cargo de un Consejo de la Magistratura compuesto por diversos estamentos (órganos políticos resultantes de la elección popular, jueces y abogados de la matrícula federal, y personas del ámbito académico y científico). Al mismo tiempo establece que entre ellos debe existir un equilibrio, entendiéndose por tal la situación en que ninguno de ellos tenga por sí solo un predominio sobre los restantes.

Cabe señalar que el equilibrio mencionado no se procura solamente respecto de los miembros del Consejo sino de los sectores representados, esto es, órganos políticos resultantes de la elección popular, jueces y abogados. Por ello, para lograr este objetivo constitucional es imprescindible que, junto a los consejeros elegidos por los órganos políticos que representan al pueblo de la Nación, el cuerpo se integre con otros consejeros elegidos horizontalmente por sus pares.

Por último, con relación a la categoría de los académicos y científicos que deben integrar el Consejo, si bien no se trata de una representación en los términos antes descriptos, la participación que les acuerde la ley debe, necesariamente, respetar el mandato constitucional de procurar el equilibrio.

8º) Que, además de desprenderse sin dificultad de su texto, el mencionado propósito de la reforma constitucional fue expresamente declarado por el convencional Enrique Paixao, en ocasión de informar el proyecto al pleno de la Convención Reformadora de 1994. En el pasaje que interesa manifestó:

"En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de es-

tas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces –cuya misión es la de decidir casos concretos– puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, se ha buscado un intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente –por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas– el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos.” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 4888). [El resaltado es añadido].

De acuerdo con esos fundamentos y tras la realización de unas correcciones formales (sustitución de un punto y coma, por una coma después de “elección popular” y supresión de una coma después de “integrado” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 5164), la mayoría de los integrantes de la Convención (177 convencionales), aprobó el proyecto en la sesión del 1º de agosto de 1994 (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 5166).

Del debate que, previamente, tuvo lugar merecen ser recordados algunos pasajes de la intervención del convencional Zaffaroni. Al realizar una observación con relación al texto del

proyecto que luego resultó aprobado, expresó:

"Creemos que son correctas las tres primeras categorías que se señalan para sus integrantes: Jueces, representantes del Poder Legislativo y abogados. Podríamos admitir la categoría de académicos, pero si vemos los modelos originarios del Consejo de la Magistratura, observamos que, básicamente, se integran con jueces designados directamente por todos los jueces y representantes del Poder Legislativo, en proporción a los partidos políticos con representación democrática representaciones que deben recaer en académicos o en abogados con larga trayectoria"

"Lo que se propone es una institución respecto de la cual la nueva norma a incorporar al texto constitucional determina sus funciones y las categorías de sus miembros, por ejemplo, pero sin decir nada sobre la proporción en que la integrarán ni cómo será la elección."

[...]

"Cada vez que esto se ha hecho en la historia, apareció la lucha partidista disputándose la integración del consejo de la Magistratura, que termina siendo repartido entre los partidos políticos, tal como pasó cada vez que se cedió algún espacio en Italia y como todavía sucede en España" (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pág. 5112).

Finalmente, corresponde destacar que en el discurso de cierre, el convencional Raúl Alfonsín leyó un texto en el que se hacía manifiesta la intención del bloque que presidía respecto de las reformas que seguidamente serían aprobadas. Dicho documento expresaba:

"Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la

Magistratura...aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente..." (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, págs. 5155/5156).

9º) Que, la idea de los constituyentes fue, pues, que una representación no predomine sobre las otras, es decir que no ejerza una acción hegemónica del conjunto o que no controle por sí misma al cuerpo. Es éste el único modo de preservar el sistema organizado en el artículo 114 de la Constitución para evitar la fractura del balance que la Convención de 1994 juzgó apropiado para mantener el Poder Judicial a la distancia justa de los otros dos poderes que expresan más directamente la representación democrática.

10) Que, sentada la interpretación de la cláusula constitucional, corresponde llevar a cabo el examen de compatibilidad con las disposiciones legales cuya validez ha sido puesta en cuestión.

El texto de la ley 26.855, en lo pertinente, dispone:

"ARTICULO 2º - Sustitúyese el artículo 2º de la ley 24.937 (t.o. 1999) y sus modificatorias, por el siguiente:

Artículo 2º.- Composición. El Consejo estará integrado por diecinueve (19) miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Correspondrán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.

2. Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Correspondrán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.

3. Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Correspondrán cuatro (4) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos (2) a la que resulte en segundo lugar.

4. Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría.

5. Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento...

ARTICULO 4º - Incorpórase como artículo 3º bis de la ley 24.937 (t.o. 1999) y sus modificatorias, el siguiente:

Artículo 3º bis.- Procedimiento. Para elegir a los consejeros de la magistratura representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No podrán constituirse agrupaciones políticas al

Único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura. No podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.

Las precandidaturas y, en su caso, candidaturas, a consejeros de la magistratura integrarán una única lista con cuatro (4) representantes titulares y dos (2) suplentes de los académicos, dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los jueces y dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los abogados de la matrícula federal. La lista conformará un cuerpo de boleta que irá adherida a la derecha de las candidaturas legislativas de la agrupación por la que son postulados, que a este efecto manifestará la voluntad de adhesión a través de la autorización expresa del apoderado nacional ante el juzgado federal electoral de la Capital Federal. Tanto el registro de candidatos como el pedido de oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura se realizará ante esa misma sede judicial.

Se aplicarán para la elección de integrantes del Consejo de la Magistratura, del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las normas del Código Electoral Nacional, las leyes 23.298, 26.215, 24.012 y 26.571, en todo aquello que no esté previsto en la presente ley y no se oponga a la misma...

ARTICULO 18. — Sustitúyese el artículo 33 de la ley 24.937 (t.o. 1999) y sus modificatorias, por el siguiente:

Artículo 33.- Elecciones. El acto eleccionario de los integrantes del Consejo de la Magistratura previsto en el artículo 3º bis de la presente, se celebrará de manera conjunta y simultánea con las elecciones nacionales para cargos legislativos, en la primera oportunidad de aplicación de esta ley. Los integrantes del Consejo de la Magistratura que resulten electos mediante este procedimiento durarán excepcionalmente dos (2) años en sus cargos y se incorporarán al cuerpo sin perjuicio de la permanencia de quienes ejerzan

mandato vigente, en cuyo caso la cantidad total de miembros podrá excepcionalmente exceder el número de 19 consejeros.

La oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura para las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y para las elecciones generales, podrá hacerse en esta oportunidad, por cualquier partido, confederación o alianza de orden nacional. A los fines de la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros del Consejo de la Magistratura con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere la comprobación de la existencia de que en al menos 18 de los 24 distritos, la mencionada adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación. En el resto de los distritos, podrá adherirse mediando vínculo jurídico entre las categorías de las listas oficializadas. La adhesión de los cuerpos de boleta del resto de las categorías podrá realizarse mediando vínculo jurídico...

ARTICULO 29. — *Las modificaciones al régimen de mayorías previsto en la presente ley, así como la nueva composición de las comisiones, entrarán en vigor una vez que se haga efectiva la modificación de la integración del cuerpo prevista en el artículo 2º, de acuerdo con el mecanismo electoral establecido en los artículos 3º bis y concordantes.*

ARTICULO 30. — *La promulgación de la presente ley importa la convocatoria a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a Consejero de la Magistratura por los estamentos previstos en el artículo 3º bis de la misma, debiéndose adaptar el cumplimiento de las etapas electorales esenciales al calendario en curso...”.*

11) Que la nueva integración establecida en el texto de la ley 26.855 no se adecua al estándar constitucional. En efecto, el equilibrio que ordena procurar el artículo 114 queda derechamente suprimido cuando, en un cuerpo integrado por diecinueve (19) miembros doce (12) de ellos (representantes de jueces, abogados y académicos) son electos directamente por el pue-

blo, otros seis (6) son legisladores nacionales que también han sido elegidos en forma directa mediante sufragio popular (artículos 45 y 54 de la Constitución), y el restante es nombrado por el Poder Ejecutivo, cuyo titular tiene el mismo origen (artículo 94).

Cabe reiterar lo expresado en el sentido de que el carácter de abogado o de juez de un miembro del Consejo de la Magistratura no basta para conferirle la representación de sus pares. La real representación de un sector no reside necesariamente en las calidades -abogado o juez- que debe ostentar el representante, sino en el señorío de la voluntad del representado para designar a sus mandantes. Ello solo puede lograrse si los miembros del Consejo pertenecientes a tales estamentos son elegidos horizontalmente por sus pares.

12) Que, el sistema creado por la ley, en tanto otorga al cuerpo electoral -directa o indirectamente- la elección de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura, hace imposible el equilibrio diseñado en el artículo 114 de la Constitución Nacional, puesto que elimina la diversidad de representaciones y deja subsistente tan solo una de ellas.

13) Que, no altera esta conclusión la circunstancia de que el régimen impugnado ponga en juego un procedimiento de elección popular, con el declarado objeto de profundizar el estado democrático.

Contrariamente a lo sugerido por la apelante, no afecta el principio de soberanía popular, que aquélla apoya en el artículo 22 de la Constitución Nacional, la circunstancia de que algunos de los integrantes del Consejo de la Magistratura no sean elegidos mediante el voto directo del pueblo de la Nación.

En efecto, la forma de gobierno representativa y republicana adoptada por la Constitución Nacional (artículo 1º) consiste en la coexistencia de autoridades elegidas directamente por el pueblo, y otras que son designadas a través de sus repre-

sentantes, sin su participación directa (por ejemplo, el Defensor del Pueblo, artículo 86 CN, el Jefe de Gabinete de Ministros, artículo 99, inc. 7, CN, y la Auditoría General de la Nación, artículo 85 CN).

De todas las democracias posibles, la única que pueden profundizar los poderes constituidos es la organizada por la Constitución Nacional sobre la base de las autoridades por ella creadas y ninguna otra. Éste es el recto sentido de su artículo 22. Por lo tanto dicha cláusula no da pie para alterar la composición y el modo de elección de una de las autoridades del Gobierno Federal, como el Consejo de la Magistratura.

Lo anterior no implica afirmar que esté vedado al pueblo de la Nación reformar la Constitución Nacional; pero, para ello, debe sujetarse a los procedimientos previstos por el artículo 30 de la Constitución Nacional.

14) Que el declarado propósito de la ley 26.855 de ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo respecto de aquellos que no surgen directamente del sufragio universal, se contrapone frontalmente con la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente de dejar atrás un esquema semejante, que había regido hasta 1994, en el que los órganos políticos (Legislativo y Ejecutivo) monopolizaban las decisiones que actualmente son competencia del Consejo de la Magistratura.

En suma, el cumplimiento de la citada finalidad legal importaría vaciar de contenido la decisión plasmada en el artículo 114 de la Constitución Nacional.

15) Que, en razón de lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855.

De tal modo, a fin de restablecer el derecho de la agrupación actora a que la representación del estamento de los abogados en el Consejo de la Magistratura se realice con arreglo

a lo dispuesto en el citado artículo 114, corresponde dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855, y por los artículos 1, 2, 3 y concordantes del decreto 577/2013, sin que ello implique afectar el proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/2013.

16) Que, asimismo, atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley, cabe resolver que no entrarán en vigencia las modificaciones al régimen de mayorías ni la nueva composición de las Comisiones que ella dispone. Esta decisión se inscribe en la doctrina del Tribunal según la cual, la Corte ha de delimitar el alcance de la inconstitucionalidad que tenga el deber de declarar, sin sustituir la voluntad del legislador, y asegurar así, máximamente, la vigencia de todo el resto de la ley (doctrina de Fallos: 214:177).

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario por salto de instancia y se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/13.

II. Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley.

III. Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

IV. Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855 y en los artículos 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/13.

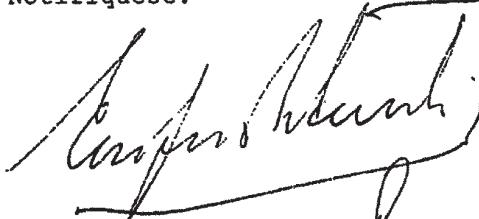
V. Aclarar que lo resuelto no implica afectación alguna del proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/13.

VI. Imponer las costas a la recurrente (artículo 68 del

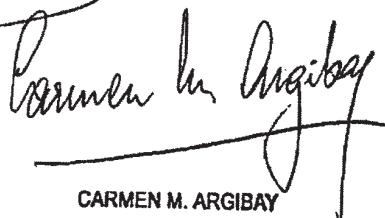
-//-

-/- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese.



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY

DISI-/-

-/-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes del caso y a la naturaleza de las cuestiones constitucionales cuyo examen se promueve en el recurso extraordinario, corresponde dar por reproducida la descripción efectuada en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación (parágrafos I y II).

2º) Que con particular referencia al planteo concerniente a la ausencia de legitimación activa, el agravio del Estado Nacional es inadmisible por los fundamentos desarrollados en el considerando 4º del voto mayoritario del Tribunal. Iguales razones de economía llevan a dar por reproducido lo dicho en el voto de la mayoría (cons. 3º) para rechazar el planteo del recurrente que hace pie en la inadmisibilidad de la vía del amparo.

3º) La cuestión constitucional planteada respecto de la ley 26.855, se centra en dos aspectos: la elección popular y el incremento de los escaños correspondientes a los académicos y científicos, que la sentencia que llega a la Corte considera violatorios de las disposiciones del artículo 114 de la Constitución Nacional. Se impone, pues, comenzar por esclarecer el contenido de esa disposición constitucional, introducida en la reforma de 1994.

4º) La citada reforma constitucional se caracterizó por perfilar instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos, que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería institucional. Esta característica puede observarse con claridad, entre otros casos, con respecto a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y también en lo que hace al Consejo de la Magistratura.

En alguna medida parecía ser resultado del afán de hallar fórmulas de compromiso, práctica bastante común en el ámbito legislativo, aunque también ha pesado la premura con que se trabajaron los temas en la Asamblea, una vez obtenido el principal objetivo político de su momento histórico.

En todos los casos -y en el del Consejo de la Magistratura en particular- se argumentó que una mayor precisión constitucional padecería de un supuesto defecto de reglamentarismo, discurso en que se confundía lo que hubiese debido ser una cuidadosa estructuración constitucional con la reglamenta-

ción legal. De este modo, la reforma se apartó de la tradición constitucional argentina, puesta de manifiesto en la forma precisa, clara y meticulosa, con que el texto original de 1853 estructura las atribuciones y las Cámaras del Poder Legislativo.

Esta característica se tradujo -como se observó en su momento por alguna minoría- en una transferencia de poder constituyente al poder constituido, dado que el defecto de estructuración, en todos los casos citados y en otros más, debió salvarse mediante leyes del Congreso de la Nación, dificultosamente sancionadas e incluso alguna de casi imposible sanción.

En el propio seno de la Asamblea de Santa Fe se advirtió reiteradamente el riesgo que se corría con esta novedosa modalidad constitucional, puesto que es inevitable que la política coyuntural ocupe los huecos estructurales que deja abiertos el texto constitucional, con las soluciones que le dicte la circunstancia de poder de cada momento, no por corrupción y ni siquiera por razones contrarias a la ética, sino por la simple dinámica esencialmente competitiva de la actividad política, que irremisiblemente mueve a ocupar todos los espacios de poder que se le ofrecen en cada ocasión.

5º) En la reforma constitucional de 1994 se introdujo la institución del Consejo de la Magistratura, asignándole la función de administración del Poder Judicial. Se corrió el gravísimo riesgo de introducir una institución novedosa sin estructurarla. Se argumentó de modo exactamente contrario al indicado por el buen sentido, afirmando que precisamente la novedad aconsejaba dejarla a medio hacer, para que la ley infraconstitucional la fuese definiendo conforme a lo que indicase la experiencia, cuando en realidad era previsible que ésta la terminase de estructurar conforme a los espacios del juego de poder de cada coyuntura política, lo que hacía previsible un futuro incierto y complicado.

6º) De ese modo, el texto constitucional delegó la tarea de finalizar la estructuración del Consejo de la Magistra-

tura en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En esta linea, tampoco se definió su integración, pues el texto incorporado se limita a indicar los estamentos que deben estar representados, sin señalar número ni proporciones, dado que solo impone que se procure el equilibrio.

Es claro que equilibrio no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber. Deber procurar significa que se debe hacer un esfuerzo en pos del equilibrio, pero nada más. Si bien suponemos que por razones de supuesta elegancia se ahorró el gerundio, con esa fórmula solo se exige un esfuerzo por parte del legislador ordinario, lo que éste hará en mayor o en menor medida, según los intereses coyunturales en pugna, conforme a la experiencia generalizada de la ya mencionada dinámica competitiva de la política.

7º) En el seno de la asamblea reformadora se presentaron proyectos por las minorías que proponían fórmulas más acabadas y una estructuración razonable, conforme a los modelos del derecho constitucional comparado, en particular el de la Constitución de la República Italiana. No obstante, la mayoría optó por el texto vigente, con alguna modificación casi de detalle, pero sin admitir ninguna precisión.

Los defectos de estructuración se advirtieron en el propio seno de la asamblea reformadora, tanto en la discusión en comisión como en el pleno y, por desgracia, sus consecuencias se verificaron ampliamente con el correr de los años.

En efecto: una institución novedosa, tomada del derecho constitucional comparado, pero separándose de sus modelos originales en forma híbrida y con defectuosa estructuración, dio lugar a que en menos de veinte años fuese objeto de tres reformas regulatorias dispares y profundas.

A esto se suma que, en los últimos años, su deterioro funcional llegó hasta el límite de la paralización, como bien lo señala el dictamen de la señora Procuradora General, con las consecuentes dificultades de orden institucional, en particular la imposibilidad de designación de jueces para cubrir las numerosas vacantes que se han ido produciendo y que hacen que una buena parte de la magistratura federal se halle a cargo de jueces subrogantes.

8º) En la Asamblea Reformadora se insistió en forma especial en la necesidad de consagrar en el texto la forma de elección de los representantes de los diferentes estamentos.

Los convencionales constituyentes tuvieron en sus manos proyectos que precisaban la forma de elección, pero prefirieron omitir tales precisiones, afirmando que el texto era suficientemente claro. Incluso hubo legisladores del propio sector mayoritario de la Asamblea que propusieron en Comisión que se lo consagrarse, pero en definitiva el texto no lo hizo, pese a que en el debate y también en alguna obra escrita sobre el tema en la época se recordaron los antecedentes extranjeros que habían distorsionado la institución.

Entre éstos sobresalía el caso español con la famosa enmienda Bandrés de 1985, que aprovechando la delegación legislativa del constituyente español (artículo 122 de la Constitución), asignó al Parlamento la nominación de los consejeros jueces, separándose del modelo de la Constitución de la República Italiana, que fue la principal fuente de inspiración en el derecho comparado -incluso española- a partir de la posguerra.

9º) El texto vigente prescribe la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Con esta redacción dejó abierta la integración con representación del Poder Ejecutivo. También deja abierta la posibilidad de que la elección de los representantes de los jueces pueda tener lugar por instancias, o sea, respetando la estructu-

ra corporativa vertical, con menor representación de los más numerosos y jóvenes, que son los de primera instancia.

Pero más aún, sigue el propio texto estableciendo displicentemente que será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley. Es decir, que la ley puede incorporar a otros miembros del Consejo, en forma y número discrecional, respecto de los cuales —y dado que lo dispone después de un punto— puede entenderse que ni siquiera rige la obligación de esforzarse por el equilibrio y, por supuesto, tampoco marca ningún criterio para su número y elección.

10) Como era de esperar y, tal como lo advirtió alguna minoría en el momento de la sanción en 1994, la tercera reforma que sufre legislativamente esta institución, ante el silencio de la Constitución acerca de la forma de elección de los representantes de jueces y abogados, siguiendo en parte el ejemplo de la *enmienda Bandrés española*, decide que éstos no sean electos por sus pares, aunque, a diferencia del mal ejemplo español, convoca a la ciudadanía para su elección popular directa.

La *enmienda Bandrés* fue criticada al tiempo de la reforma en algún libro que circuló entre los diputados y fue citada en la Asamblea Reformadora en varias ocasiones, como ejemplo entonces más reciente de un peligroso antecedente que era menester tomar en cuenta para estructurar la institución en la fórmula constitucional, pues tuvo como resultado que a partir de ella los dos grandes partidos españoles se repartiesen la nominación de los jueces consejeros.

La citada *enmienda Bandrés* —de la que el propio diputado Bandrés parece haberse arrepentido varios años después— tuvo el efecto de convertir parcialmente al Consejo español en una casi comisión del Congreso, en algunos casos incluso con dificultades para obtener los acuerdos que hicieran mayoría, obstaculizando su integración. La solución legislativa de la tercera reforma que sufre la integración del Consejo argentino, al me-

nos, otorga esa atribución directamente a la ciudadanía.

11) Es claro que la ley sancionada por el Congreso Nacional no se filtra por los resquicios del texto, sino que penetra por las enormes brechas que éste dejó abiertas a la ley infraconstitucional.

Esto plantea un serio problema de conciencia y de autocontrol en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. No es ahora el momento de remendar una oportunidad perdida, o sea, la de abrir juicio acerca de la mejor integración y regulación del Consejo de la Magistratura, sino la de determinar si las disposiciones de la ley son constitucionales.

Si bien en todos los casos el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido con la máxima prudencia –tal como lo ha señalado esta Corte en múltiples oportunidades–, en el presente caso debe extremarse el cuidado en razón de que es muy fácil el desplazamiento que lleve a confundir las propias convicciones con lo que prescribe la Constitución. En esta oportunidad, quizá más que en muchas otras, debe tenerse muy presente que la declaración de inconstitucionalidad solo procede cuando ésta sea manifiesta y no ante cualquier duda.

La ley en cuestión toca directamente a la estructura judicial, sobre la cual –como es natural–, cada magistrado tiene sus propias ideas, sin duda todas respetables pero seguramente muy dispares: es posible que haya casi tantos modelos de estructuración del Consejo de la Magistratura como magistrados.

En algunos casos esas opiniones han sido vertidas públicamente –e incluso en el seno de la propia Asamblea de Santa Fe– y son claramente dispares del criterio adoptado por la ley en cuestión.

Por consiguiente, el caso exige un extremo esfuerzo de prudencia para separar con meticuloso cuidado la opinión o convicción personal acerca de la composición y elección del Con-

sejo de la Magistratura, de la pregunta acerca de la constitucionalidad de la ley en cuestión. De lo contrario, se excederían los límites del poder de control de constitucionalidad, para pasar a decidir en el campo que el texto dejó abierto a la decisión legislativa, solo por ser ésta contraria a las propias convicciones acerca de la integración y elección de los miembros del Consejo.

No se trata de una tarea sencilla, pues —como se dijo— existen íntimas y profundas convicciones al respecto en cada magistrado. Quizá sea uno de los casos más difíciles de decidir, justamente por esta razón, lo que demanda un esfuerzo extraordinario, no ya para evitar la tentación de hacer valer las propias convicciones —lo que ningún magistrado responsable haría— sino para lograr que estas convicciones no jueguen desde el inconsciente en la decisión que se adopte, por vía de un mecanismo de racionalización.

12) Por desgracia —y a veces por suerte—, como en alguna ocasión dijo Radbruch, la ley es como un navío que el legislador despidió desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto. Y el artículo 114 de la Constitución Nacional navega solo, con sus enormes carencias estructurales, con su delegación de poder constituyente en el legislador ordinario y con su parquedad, sus oscuridades y su hibridez.

Nada importan en esta hora las advertencias de los constituyentes de la minoría a los que la mayoría no escuchó con la debida atención en su momento; como tampoco importa mucho lo que dijeron los de la mayoría, porque no lo escribieron en el texto sancionado.

Todos quedamos en el muelle, podemos recriminarnos y hasta llorar, pero a lo largo de dos décadas el texto y la institución fueron navegando con múltiples accidentes, chocando con escollos y arrecifes y casi naufragando, hasta el punto de la parálisis que obliga a una reestructuración urgente, pues de lo

contrario se acrecentarán las dificultades institucionales que el marasmo en que ha caido la institución ya viene produciendo.

13) No es cuestión de invocar la voluntad del constituyente, como siempre que se apela a la famosa voluntad del legislador.

Si se trata de la voluntad del legislador histórico, real, en el caso se trató de una Asamblea que después de obtener su principal propósito político coyuntural trabajó con premura y displicencia para concluir su tarea, hasta el punto de perder un inciso en el momento de su culminación, sin que faltase tampoco la producción artificial de un escandaloso tumulto para interrumpirla durante el debate sobre la incorporación del inciso 22 del artículo 75.

Si, por el contrario, se apela a la imagen de un legislador imaginario, abstracto, nos acercamos demasiado a la invocación del espíritu, que no suele ser más que el cabo con que los del muelle intentan vanamente alcanzar a la nave.

Los datos históricos parlamentarios y de proyectistas pueden reforzar los argumentos acerca del sentido de un texto, pero ningún espíritu puede limitarlo más allá de su propia resistencia semántica. No vale invocar en vano a Montesquieu, olvidando que fue el primer gran sociólogo del derecho.

14) Interpretar la representación en el puro sentido del contrato de mandato del derecho privado es una tentativa de salvar lo que el texto no ha salvado. El argumento contrario corre con la ventaja de que la representación estamentaria en la Constitución Nacional es una excepción, en tanto que la regla republicana es la representación popular. Abunda a este respecto el dictamen de la señora Procuradora General y, por cierto, cualquiera sea la opinión personal acerca de la elección de los consejeros, cabe reconocer que el argumento es jurídicamente fuerte.

El juego entre una interpretación traída del derecho

privado y que acota el espacio del legislador como representante del pueblo soberano, y el primer principio básico del derecho público en que éste se afirma, hace que, por lo menos, no se pueda sostener con éxito la existencia de una inconstitucionalidad manifiesta, como lo sería si la ley —al igual que la enmienda española de 1985— asignase la nominación al Congreso de la Nación.

Nada inhibe a cada magistrado de su incuestionable derecho democrático a disentir con el modelo de elección establecido por la ley y a postular otro diferente, pero ese debate necesario ante la parálisis de una institución indispensable para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, no tiene nada que ver con una inconstitucionalidad manifiesta.

Es perfectamente posible que la elección por listas y por partidos políticos genere dificultades, pero también las ha generado la elección estamentaria, cuyas consecuencias están a la vista.

Puede ser que esta nueva estructura esté condenada al fracaso, pero más allá de las convicciones personales —que no son del caso expresar, aunque pueden rastrearse en los antecedentes de la propia Asamblea Reformadora y en publicaciones de la época—, considerando el texto tal como fue incluido en la Constitución, no se le puede negar al legislador el espacio para ensayar una estructura diferente ante una crisis, apelando para ello a una interpretación limitadora procedente del derecho privado. Es factible incluso que se trate de un nuevo error político, pero no todo error político es una inconstitucionalidad manifiesta.

15) En lo que hace a la medición del esfuerzo por lograr el equilibrio que prescribe la Constitución, lo cierto es que el aumento de número de los consejeros académicos y científicos tampoco es claro que lo destruye, pues aun imaginando que actuasen en forma de bloque, no dominarían el Consejo. La presunción de eventuales alianzas internas no pasa de ser una pos-

bilidad, que de darse sería en el peor de los casos pareja a las coyunturas de la actual estructura, que prácticamente han paralizado sus principales actividades.

Al igual que respecto de la forma de elección y en previsión de hipotéticas alianzas de sectores, no puede afirmarse a este respecto que se ha violado el nebuloso mandato de *procurar el equilibrio*. Es posible que sea deseable un esfuerzo mayor, pero la medida de éste es un juicio de valor propio del campo de la política, cuya dinámica es siempre muy poco previsible.

16) En cuanto a la independencia de los consejeros y su reflejo sobre la independencia judicial, devenida de la necesidad de que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, cabe observar que el concepto de *independencia* es doble: la hay externa, pero también interna, dependiendo la última de que el poder disciplinario, en materia de responsabilidad política y de presión interna del Poder Judicial, no sea ejercido por los órganos de mayor instancia, que es la esencia del concepto de *corporación o verticalización*. Esta independencia es la que en el derecho constitucional comparado trata de garantizarse mediante un órgano separado, que sería el Consejo de la Magistratura.

En cuanto a la independencia externa, o sea, de los partidos políticos y de los poderes fácticos, que es la que se cuestiona en la causa solo respecto de los partidos, no es posible obviar que es inevitable que cada persona tenga una cosmovisión que la acerque o la aleje de una u otra de las corrientes de pensamiento que en cada coyuntura disputan poder. No se concibe una persona sin ideología, sin una visión del mundo.

En realidad, cuando se piensa en el modelo original del derecho constitucional comparado, especialmente el italiano —que ha sido el más exitoso—, se espera que los jueces elegidos por ellos mismos configuren grupos —se ha hablado de *partidos de jueces*—, según su ideología, aunque al margen de las estructuras

partidarias, pero, no obstante, sería inevitable la vinculación con éstas.

No hay forma de evitar esta identificación, como no sea pretender que existe lo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología. Esto se ha puesto claramente de manifiesto en el curso de los años en que ha funcionado, con una u otra estructura, el Consejo de la Magistratura apenas delineado por el artículo 114 de la Constitución Nacional.

En definitiva, se trata de un problema humano insuperable: estamos lanzados al mundo con significados y dentro de ellos elegimos existencialmente.

La independencia externa del Poder Judicial nunca se ha sostenido que sea afectada porque los jueces sean nombrados y removidos por órganos de los otros poderes, integrados conforme a partidos políticos. El juez —y en este caso el consejero— una vez designado es independiente de todo partido y no está sujeto a sus órdenes ni mandatos. Si alguno se somete a esta condición, esto no será resultado de la elección, sino de su propia falla ética, al igual que sucede con los jueces, si acaso alguno se considera vinculado o sometido a la fuerza política que incidió en su nombramiento. Nada hay de vergonzante en que un juez exprese sus preferencias; más aún, esto evita que pueda oscilar sin sanción pública, siendo una condición de la exigencia de mínima coherencia y de prevención de conductas erráticas.

Dado que nadie existe sin ideología, cabe concluir que la única garantía de imparcialidad humanamente exigible es el pluralismo ideológico interno, donde cada uno sepa cómo piensa el otro y le exija coherencia en cada caso, para lo cual es menester que nadie oculte lo que piensa.

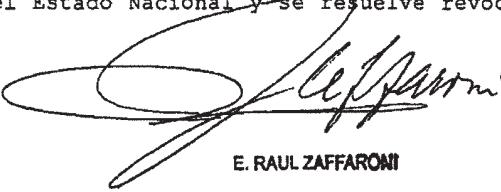
No cabe duda que todo funcionario, del poder que sea, pero más del Judicial, habrá de recibir sugerencias de cualquier índole y con mayor o menor intensidad. Esto es inevitable en cualquier estructura, pero es propio del profesionalismo de los magistrados poder decidir conforme a su conciencia y a su saber.

En este sentido, puede considerarse que hasta el momento ha sido ejemplar la conducta de la amplia mayoría de la magistratura argentina, y no cabe pensar que esta conducta tradicional se altere en el futuro.

En cuanto a las contradicciones con otra legislación vigente, no cabe considerarla tal, pues se trata de leyes de igual jerarquía normativa y, por ende, una sana interpretación permite que se consideren derogadas o excepcionadas las disposiciones incompatibles.

17) Por último -y al margen del tema central tratado-, se hace necesario poner de manifiesto que con independencia de lo decidido por esta Corte en esta causa respecto de los presentes planteos de inconstitucionalidad, el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades. Por consiguiente, el tribunal decide en esta causa por imperio de ley, pero cabe advertir que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento de esta Corte, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General en cuanto al fondo de la cuestión planteada, se hace lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado Nacional y se resuelve revocar la sentencia apelada.



E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. Héctor Jorge Bavasso en representación del Estado Nacional (Ministerio de Interior y Transporte), con el patrocinio de la señora Procuradora del Tesoro de la Nación Dra. Angelina María Esther Abbona.

Traslado contestado por Jorge Gabriel Rizzo, en carácter de apoderado de la Lista 3 "Gente de Derecho" con el patrocinio del Dr. Adriano Patricio Diaz Cisneros.

Tribunal de origen: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1, Secretaría Electoral.

RUEDA, ROQUE S/ SU PRESENTACIÓN EN AUTOS: RUEDA, ROQUE S/ ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD

PRIVACION DE JUSTICIA

Corresponde hacer lugar a la presentación efectuada y disponer que la Corte de Justicia de Salta se pronuncie sin dilación alguna en los términos de lo dispuesto en los arts. 34, inc. 3º, ap. b, 161 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si, aun cuando los antecedentes que surgen del legajo de copias acompañado podrían justificar cierta demora en el pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso extraordinario, esas circunstancias nunca podrían amparar la irrazonable dilación que al momento se verifica desde la contestación del recurso extraordinario ocurrida el 13 de octubre de 2011, con respecto a un pronunciamiento que el ordenamiento procesal manda dictar en el plazo de quince días (art. 34, inc. 3º, ap. b).

-Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia, consideraron que no se advertía un caso de retardo de justicia que justificara la intervención de la Corte-.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, *diciembre de junio de 2013*

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Corte de Justicia de Salta que rechazó la acción de inconstitucionalidad (expte. agregado, sentencia de fs. 1/11, del 7 de septiembre de 2011), el demandante interpuso el recurso extraordinario de fs. 16/37 (26 de septiembre), que fue contestado por la demandada a fs. 40/46 (13 de octubre) y parcialmente concedido por el tribunal a quo a fs. 61/67 (resolución del 14 de marzo de 2012). Ante el planteo de la demandada, la Corte salteña declaró la nulidad de la resolución citada (fs. 98/105, del 6 de septiembre de 2012),

sin que hasta la fecha se hubiese dictado el pronunciamiento que exige el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El demandante en los autos principales se presenta directamente ante esta Corte y solicita su intervención por la vía que se considere pertinente, a fin de remediar la situación de privación de justicia que, en su opinión, se presenta ante la ausencia de resolución sobre la admisibilidad del recurso extraordinario. Agrega que esa demora tiene graves consecuencias, pues da lugar a la imposibilidad de acceder a la instancia que prevé el art. 14 de la ley 48 para que esta Corte Suprema revise las decisiones finales dictadas por los superiores tribunales de provincia en cuestiones federales como las que invoca (fs. 91/96, 104/105, 132/134).

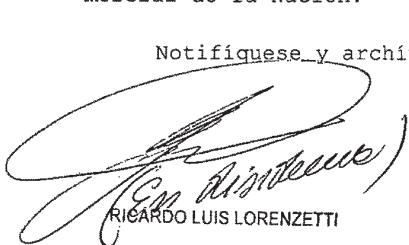
2º) Que aun cuando los antecedentes que surgen del legajo de copias acompañado por la Corte de Justicia de Salta podrían justificar cierta demora en el pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso extraordinario por ante esta Corte, esas circunstancias nunca podría amparar la irrazonable dilación que al momento presente se verifica en este caso desde la contestación del recurso extraordinario ocurrida el 13 de octubre de 2011, con respecto a un pronunciamiento que el ordenamiento procesal manda dictar en el plazo de quince días (art. 34, inc. 3º, apartado b).

3º) Que en las condiciones expresadas, se presenta una situación sustancialmente análoga a la examinada en el precedente de Fallos: 315:1940, que impone a esta Corte el deber de intervenir inmediatamente para evitar una efectiva privación de justicia originada por la imposibilidad del peticionario de acceder a la jurisdicción que el Tribunal ha considerado más eminente.

-//-/Por ello se hace lugar a la presentación efectuada y se dispone que la Corte de Justicia de Salta se pronuncie sin dilación alguna en los términos de lo dispuesto en los arts. 34,

inc. 3º, ap. b; 161; y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

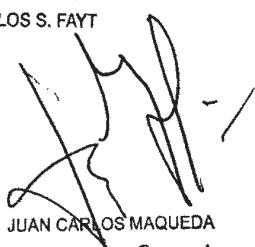
Notifíquese y archívese.



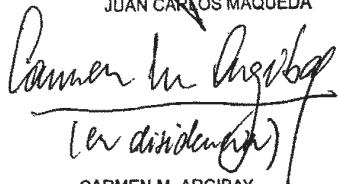
Ricardo Luis Lorenzetti



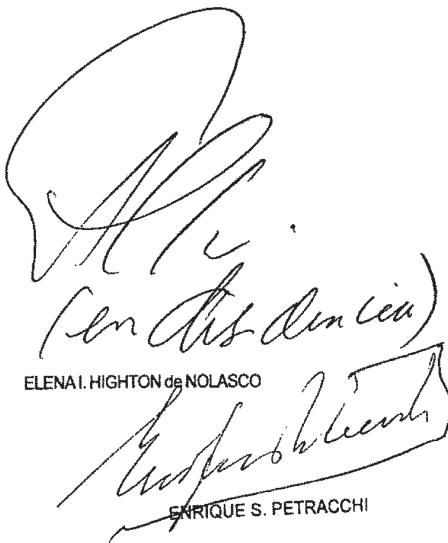
CARLOS S. FAYT



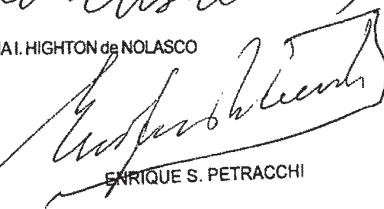
JUAN CARLOS MAQUEDA



CARMEN M. ARGIBAY
(en disidencia)

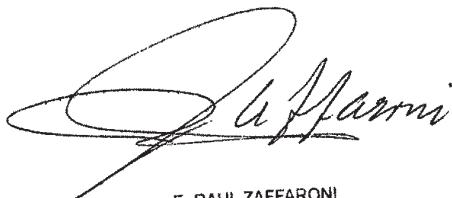


ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI

DISI -/-



E. RAÚL ZAFFARONI

-/-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI, DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTE DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que a juicio de esta Corte no se advierte un caso de retardo de justicia que, con arreglo a la doctrina establecida en el precedente de (Fallos: 315:1940), justifique su intervención en la instancia que se pretende.

Notifíquese y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARMEN M. ARGIBAY

JULIO

COLORIN IMSSA (TF 24123-I) C/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA

TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION

Resultan improcedentes los argumentos relativos a la falta de habilitación de la competencia del Tribunal Fiscal si el acto por el cual la AFIP había intimado al pago del impuesto sobre los combustibles líquidos y gas natural constituye, en esencia, una determinación de la obligación tributaria a cargo del contribuyente, por lo que se trata, en principio, de un acto susceptible de serapelado ante aquél organismo en los términos del art. 159, inc. a, de la ley 11.683, sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que en sede administrativa no se haya seguido el trámite establecido por ese ordenamiento para el dictado de esa clase de resoluciones.

IMPUESTO A LOS COMBUSTIBLES

La invocación por parte de la AFIP de lo dispuesto en el último párrafo del art. 7º de la ley N° 23.966 -que difiere “la discusión relativa a la existencia y exigibilidad del gravamen...a la oportunidad de entablarse la acción de repetición”- debe ser desestimada si esa medida contempla el supuesto en el que la pretensión fiscal de cobrar el tributo se funda en la verificación de que se ha consumado un cambio de destino del producto gravado y en el caso, según surge de la fiscalización llevada a cabo por el ente recaudador, el impuesto fue determinado sobre la base de considerar que los productos vendidos por la actora tienen una composición química que no alcanza a modificar o desnaturalizar las propiedades originales del componente principal gravado por el impuesto, y además no debe perderse de vista el carácter marcadamente excepcional de esta medida, puesto que implica privar al contribuyente de la posibilidad de discutir de manera alguna la procedencia del impuesto con anterioridad al gravamen, instituyendo un mecanismo de cobro de una singular rigurosidad.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 2 de julio de 2013.

Vistos los autos: “Colorín IMSSA (TF 24.123-I) c/ D.G.I.”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación por el que se rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la AFIP (fs. 219/220),

así como la ulterior sentencia de ese organismo jurisdiccional (fs. 422/424 vta.) que dispuso revocar íntegramente el acto del ente recaudador por el que se había intimado el pago de las sumas que la actora adeudaría en concepto del impuesto sobre los combustibles líquidos y gas natural por los períodos fiscales comprendidos entre abril de 1999 y mayo de 2001.

2º) Que en lo referente a la competencia del Tribunal Fiscal para entender en el recurso planteado por la actora, el a quo recordó, en primer lugar, que "por determinación tributaria se debe entender el acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación, por lo que el contenido esencial e indudable de la determinación ha de consistir en la comprobación de los hechos pertinentes y de las normas jurídicas aplicables", como también el monto resultante de la aplicación de éstas (fs. 530). Tras ello concluyó que si bien el ente recaudador no había seguido el procedimiento previsto en los arts. 16 y siguientes de la ley 11.683, el acto por el cual había intimado al pago del tributo importaba una verdadera determinación de la obligación tributaria a cargo del contribuyente, y que, por ende, resultaba apelable ante el Tribunal Fiscal. Al respecto, señaló que dicho acto estaba precedido de una fiscalización tendiente a reunir datos de hecho y técnicos que concluyeron con la liquidación del tributo.

3º) Que en lo relativo a la cuestión de fondo, la cámara entendió que los agravios expresados por la AFIP ante esa alzada no cumplían los requisitos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues no lograban rebatir los fundamentos dados por el Tribunal Fiscal en sustento de su decisión. En tal sentido, señaló que el escrito respectivo no contenía ninguna crítica expresa respecto de las apreciaciones realizadas por el organismo jurisdiccional en torno a que se había otorgado a la actora el beneficio derivado de su inscripción en

el padrón para adquirentes de productos gravados, exentos por destino, creado por la resolución general AFIP 193/98, y sin que se hubiera acreditado engaño alguno de parte de la accionante. Asimismo puntuó que solo con el dictado del decreto 1129/01 se regularon las características técnicas que debían reunir tales productos, sin que pueda asignarse efectos retroactivos a dicha categorización. Asimismo puso de relieve que el ente recaudador tampoco se hizo cargo del argumento relativo a que su conducta implicó ir contra sus propios actos, en tanto a los mismos elementos que consideró válidos para otorgar la exención, luego los desconoció para sustentar su rechazo (conf. considerando 5º, fs. 530 vta./531).

4º) Que, por otra parte, la alzada dejó sin efecto la imposición de costas a la actora dispuesta por el Tribunal Fiscal en lo relativo al rechazo del planteo de nulidad que había articulado la mencionada parte y que fue rechazado. Para decidir en el sentido indicado consideró que el referido planteo de nulidad no fue interpuesto como de previo y especial pronunciamiento –ni tratado como tal por dicho tribunal– sino como una defensa más contra la determinación tributaria. Por lo tanto, entendió que no se trataba de una cuestión incidental o autónoma, escindida de la unidad de lo decidido en la sentencia.

5º) Que contra tal pronunciamiento, la AFIP interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 535/535 vta.), que fue concedido a fs. 558. El memorial de agravios obra a fs. 564/577 vta. y su contestación por la actora a fs. 599/616 vta. La apelación planteada es formalmente admisible puesto que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, excede el mínimo previsto por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte.

6º) Que en lo relativo al rechazo de la excepción de incompetencia del Tribunal Fiscal, el representante del organismo

mo recaudador aduce en su memorial de agravios que de la lectura del acto de la AFIP impugnado ante ese tribunal se infiere "que el Fisco se limita a intimar a la contribuyente que ingrese en concepto de Impuesto a la Transferencia de Combustibles Líquidos y Gas Natural, el tributo originado en el hecho imponible nacido al momento de adquirir las materias primas que por el destino que se daría a las mismas la ley autorizaba su no ingreso pero que al haber modificado el destino por el que se otorgó la exención, renació —en cabeza de ella— la obligación de ingresar el impuesto, conforme lo establece taxativamente la normativa aplicable" (fs. 568). Según el criterio de la representación de la AFIP, ese acto no reúne ninguno de los supuestos que habilitan la competencia del Tribunal Fiscal. Por el contrario, aduce que al haber sostenido el contribuyente en todo momento que se encontraba exento del aludido impuesto, la situación tiene cabida en el art. 7º de la ley 23.966 y, por ende, queda sujeta inexorablemente al procedimiento allí establecido, que difiere la discusión relativa a la existencia y exigibilidad del gravamen a la oportunidad de entablarse la acción de repetición.

7º) Que al respecto cabe puntualizar, en primer lugar, que los argumentos expuestos no logran refutar lo aseverado por la cámara en cuanto a que el acto por el cual la AFIP había intimado al pago del tributo constituye, en esencia, una determinación de la obligación tributaria a cargo del contribuyente.

Al ser ello así, y desde tal perspectiva, se trata, en principio, de un acto susceptible de serapelado ante el Tribunal Fiscal en los términos del art. 159, inc. a, de la ley 11.683, sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que en sede administrativa no se haya seguido el trámite establecido por ese ordenamiento para el dictado de esa clase de resoluciones (confr. arts. 17 y sgtes.).

8º) Que en cuanto a la invocación por parte del recurrente de lo dispuesto en el último párrafo del art. 7º de la ley del tributo —que difiere "la discusión relativa a la exis-

tencia y exigibilidad del gravamen...a la oportunidad de entablar la acción de repetición"-, a juicio de esta Corte no se presenta en el caso el supuesto previsto en dicha norma para su aplicación. En efecto, de la lectura de ese artículo surge que esa medida contempla el supuesto en el que la pretensión fiscal de cobrar el tributo se funda en la verificación de que se ha consumado un cambio de destino del producto gravado, en tanto que en el sub examine, y según surge de la fiscalización llevada a cabo por el ente recaudador, el impuesto fue determinado sobre la base de considerar que los productos vendidos por la actora como "diluyentes", "disolventes" o "thinners" tienen una composición química que no alcanza a modificar o desnaturalizar las propiedades originales del componente principal gravado por el impuesto (confr. fs. 51/52 y, en especial la nota de la Dirección Nacional de Recursos Hidrocarburíferos y Combustibles obrante, en copia, a fs. 53).

Por lo demás, no debe perderse de vista el carácter marcadamente excepcional de la medida dispuesta en el citado artículo, puesto que implica privar al contribuyente de la posibilidad de discutir de manera alguna la procedencia del impuesto exigido por el organismo recaudador con anterioridad al pago del gravamen, instituyendo un mecanismo de cobro de una singular rigurosidad, que no se observa con relación a los demás impuestos nacionales. Al ser ello así, el ámbito de aplicación de dicha norma debe ser examinado con particular estrictez y limitado al supuesto expresamente previsto pues, como es sabido, debe asignarse a las normas el alcance que mejor se concilie con los principios y garantías constitucionales. En consecuencia, al no resultar aplicable dicha norma al caso en examen, cabe concluir que lo dispuesto en ella no es un impedimento para la procedencia de la apelación del acto ante el Tribunal Fiscal, según se señaló en el considerando que antecede.

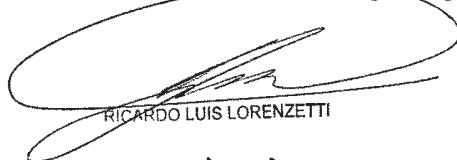
9º) Que en lo atinente al aspecto sustancial de la controversia el apelante no formula, como es imprescindible, una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por

el a quo, circunstancia que conduce a declarar la deserción del recurso, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados en la sentencia para llegar a la decisión impugnada (confr. art. 280, párrafo segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 315:689; 316:157; 327:760, entre muchos otros). En efecto, en el memorial de agravios ante esta Corte no se formula una crítica concreta y razonada que logre desvirtuar lo aseverado por el quo con respecto a que la apelación deducida ante esa alzada por el organismo recaudador no rebatía los argumentos dados por el Tribunal Fiscal en sustento de su decisión, lo que resultaba insoslayable máxime habida cuenta de que la cámara se encargó de puntualizar detalladamente las deficiencias de aquel recurso y los motivos por los cuales no cumplía con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicable supletoriamente según el art. 197 de la ley 11.683.

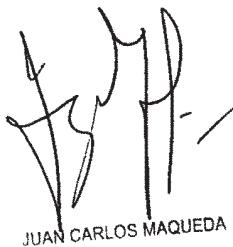
10) Que, por otra parte, si bien el recurrente se agravia por la decisión del a quo respecto de las costas atinentes al rechazo del planteo de nulidad, tampoco en este aspecto logra refutar las razones en las cuales el a quo fundó lo resuelto. En efecto, la representación del organismo recaudador centró sus argumentos en la circunstancia de haber resultado vencedora en dicho punto —pues se rechazó el referido planteo de nulidad— pero no se hizo cargo de las circunstancias tenidas en cuenta por la cámara para dejar sin efecto la condena en costas dispuesta por el Tribunal Fiscal —reseñadas en el considerando 4º de la presente— en particular, en cuanto a que dicho planteo no había sido tratado como de previo y especial pronunciamiento sino como una defensa más frente a la pretensión fiscal y que, por lo tanto, no podía considerarse de forma escindida o autónoma respecto de la unidad de la sentencia a los efectos de la imposición de las costas.

Por ello, se confirma la sentencia apelada en lo referente a la cuestión examinada en los considerandos 7º y 8º; y, en lo

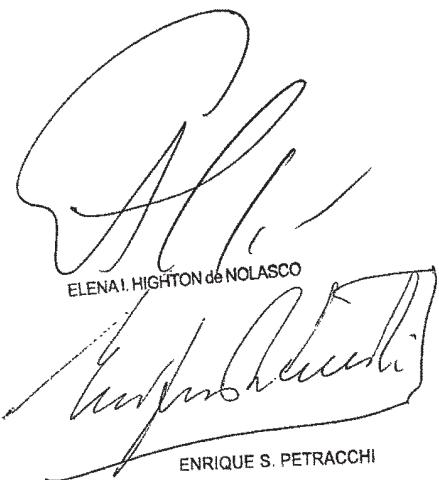
-///-demás, se declara la deserción del recurso interpuesto a fs. 564/577 vta. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.



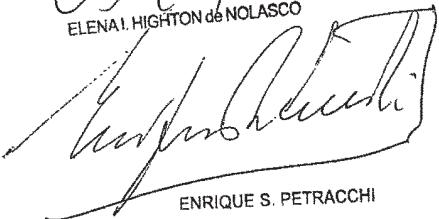
RICARDO LUIS LORENZETTI



JUAN CARLOS MAQUEDA



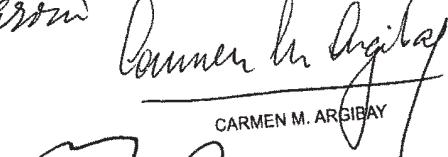
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAÚL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY



CARLOS S. FAYT

Recurso ordinario interpuesto por el Fisco Nacional (AFIP-DGI), representado por el Dr. Demian Konfino, con el patrocinio de la Dra. Silvia Josefina Pepe.

Traslado contestado por Colorín I.M.S.S.A., representada por el señor Olivier Caminade, con el patrocinio letrado del Dr. David Andrés Halperin.

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

Intervino con anterioridad: Tribunal Fiscal de la Nación.

LOZA, SIBIARDO C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS
S/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*EMPLEADOS PUBLICOS*

Los encargados de Registros están alcanzados por las disposiciones del régimen de los decretos 8566/61, 9677/61 y sus modificatorios y complementarios.

-Del dictamen de la Procuración General, que la Corte comparte y que remite en este punto al precedente “Longombardo” (Fallos: 333:1133)-.

INCOMPATIBILIDAD

De la sola lectura del art. 1º del decreto 894/01 surge que no se puede afirmar que el haber jubilatorio del actor -encargado de un Registro Seccional del Registro Nacional de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios-, por provenir de la Caja Notarial de la Provincia de Córdoba, esté excluido del régimen, ya que dicha norma incluye a todos los regímenes previsionales en la incompatibilidad de cobro de un haber por cargo en la función pública porque cuando el legislador quiso excluir alguna situación de las previsiones de su régimen lo hizo expresamente (caso de ex combatientes de Malvinas y pensiones por fallecimiento), resultando aplicable la doctrina referida a que donde la ley no distingue, no cabe hacerlo.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 235/238, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba —sala Civil N° II— rechazó el recurso de apelación interpuesto por la representación jurídica del Estado Nacional y confirmó la resolución de la anterior instancia que acogió la demanda entablada por el señor Sibiardo Loza en contra del Estado Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Dirección nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad y de Créditos Prendarios) y declaró la nulidad de los actos administrativos que lo intimaban a ejercer la opción de cobro de uno de los emolumentos —sueldo o jubilación— ante la posibilidad de hallarse incurso en una de las causales de incompatibilidad determinada en el decreto 894/01.

Para decidir de ese modo, el tribunal sostuvo que: a) la función de los encargados de registro no constituye una relación de empleo público sino que éstos realizan un cometido público con su propia organización y

cobran un emolumento que no es estrictamente salario que proviene de lo recaudado en el registro por las gestiones que los particulares allí realizan; b) la finalidad del decreto 894/01 es evitar el cobro de dos emolumentos —uno en concepto de retiro y otro remunerativo— provenientes ambos del erario público, lo que no sucede en el *sub lite* donde los ingresos en el registro son las tasas que abonan los administrados y sólo los fondos restantes —excluidos los gastos de funcionamiento y el emolumento del encargado de registro— pasan al peculio público.

-II-

Disconforme, el Estado Nacional (Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos) interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 242/261, el que fue concedido por haberse involucrado la interpretación de normas de carácter federal y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 273/274), sin que se dedujera la respectiva queja, razón por la cual esta instancia queda abierta en la medida que la otorgó el *a quo*.

Se agravia porque la Cámara efectúa una interpretación arbitraria del régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos previsto en los decretos 8566/61, 9677/61 y sus modificatorios, en especial el decreto 894/01 al concluir que el espíritu del decreto citado en último término era la incompatibilidad de percepción de dos emolumentos que provinieran ambos de las arcas estatales cuando la correcta inteligencia es la búsqueda del ordenamiento del mercado laboral en cuanto desalienta la concentración del empleo público en quienes tengan otra fuente de ingresos.

Asimismo, sostiene que el tribunal hace una errónea tipificación de la relación entre los encargados de registros y el Estado Nacional al resolver que se trataba de particulares, asimilando su vinculación a una concesión de servicio público, en ejercicio de una competencia pública que no genera relación de empleo público —y que, por ende, no configura una incompatibilidad funcional— desde el momento en que por decreto 2265/94 se dispuso que los encargados de registro eran funcionarios públicos.

Por otro lado, afirma que al fijar la incompatibilidad entre un haber jubilatorio y una contraprestación de empleo público, la norma no hizo distinciones en función del carácter estatal o público no estatal del ente u organismo administrador del respectivo régimen previsional sino que se refirió a “cualquier” régimen de previsión de la esfera nacional, provincial o municipal.

-III-

A mi modo de ver, las objeciones del recurrente suscitan cuestión federal, pues se halla en tela de juicio la interpretación de normas de esa índole y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho en que aquél se fundó (art. 14, inc. 3º, ley 48) (doctrina de Fallos: 321:169).

Es preciso resaltar que, encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

-IV-

Sentado lo anterior, conviene destacar que no existe controversia en la causa en cuanto a que el actor es encargado de un Registro Seccional del Registro Nacional de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios y, a su vez, que reviste la condición de jubilado y cobra la prestación como tal de la Caja Notarial de la Provincia de Córdoba.

La cuestión a dilucidar radica, entonces, en definir, por un lado, si a los encargados de registros seccionales se les aplica el régimen de incompatibilidades por acumulación de cargos previsto en los decretos 8566/61, 9677/61 y sus modificatorios y por el otro, si dicho régimen —en especial, decreto 894/01— se refiere sólo al cobro incompatible de dos emolumentos, uno previsional y otro remunerativo, ambos de origen estatal.

Respecto del primer punto, en fecha reciente V.E., por sentencia del 29 de junio de 2010, compartió los fundamentos de este Ministerio Público en la causa L.502.XLIV “Longombardo, Marta Cristina y otro c/ EN-

M° J-DNRA y Créditos Personales s/ amparo ley 16.986” —dictamen del 2 de febrero de 2009— a los que me remito en honor a la brevedad, en los que se dijo, en síntesis, que los encargados de registro están alcanzados por las disposiciones del régimen del decreto 8566/61, sus modificatorios y complementarios.

Con relación al segundo tópico, resulta conveniente transcribir el art. 1º del decreto 894/01 que establece la incompatibilidad entre el cobro de un haber previsional y la percepción de remuneración por cargo en la función pública: “Incorpórase como último párrafo del artículo 1º del Capítulo I —Incompatibilidades— del Regimen sobre Acumulacion de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional aprobado por Decreto Nº 8566/61 y sus modificatorios el siguiente texto: ‘El desempeño de una función o cargo remunerado o prestación contractual con o sin relación de dependencia, bajo cualquier modalidad en la Administración Pública Nacional, es incompatible con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. La referida incompatibilidad se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios’” (la cursiva no es del original).

De la sola lectura de la disposición entiendo que ellas no permiten afirmar que el haber jubilatorio del actor, por provenir de la Caja Notarial de la Provincia de Córdoba, esté excluido del régimen. Ello así, asiste razón al recurrente en cuanto afirma que el decreto 894/01 incluye a todos los regímenes previsionales en la incompatibilidad de cobro de un haber por cargo en la función pública porque cuando el legislador quiso excluir alguna situación de las previsiones de su régimen lo hizo expresamente (caso de ex combatientes de Malvinas y pensiones por fallecimiento). Resulta, entonces, aplicable la doctrina de V.E. en punto a que donde la ley no distingue, no cabe hacerlo (conf. Fallos: 333:735, entre muchos).

Ello es así, siempre según mi punto de vista, porque tal exclusión, en el *sub lite*, no surge ni expresa ni implícitamente del régimen en análisis.

-V-

Opino, por tanto, que corresponde revocar la sentencia de fs. 235/238 en cuanto ha sido materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2010.

LAURA M. MONTI

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 2 de julio de 2013.

Vistos los autos: "Loza, Sibiardo c/ Estado Nacional y otros s/ contencioso administrativo".

Considerando:

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

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Notifíquese y remítase.



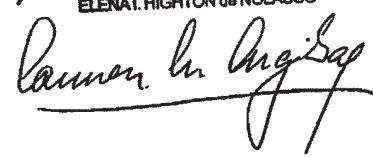
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



ENRIQUE S. PETRACCHI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Dirección Nacional de Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, demandado en autos, representado por el Dr. Carlos Daniel Lencinas.

Traslado contestado por Sibiardo Loza, actor en autos, representado por el Dr. Julio Isidro Altamira Gigena, en calidad de apoderado, con el patrocinio letrado de la Dra. Carolina Altamira.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado de Federal Primera Instancia de Bell Ville, provincia de Córdoba.

S., D. C/ R., L. M. S/REINTEGRO DE HIJO Y ALIMENTOS

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde confirmar la sentencia que admitió el pedido de restitución de tres menores instado por su padre mediante el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores si no hay duda de que el traslado con la madre fue lícito -ya que existió una autorización de aquél- pero no lo fue la retención de las niñas en la Argentina por parte de la progenitora, dado que no retornaron en la fecha pactada, sin que se encuentre configurada la excepción consistente en el grave riesgo y teniendo en cuenta también que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento del Convenio mencionado, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Teniendo en mira el interés superior del niño -que debe primar en este tipo de procesos- y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el padre de los menores a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a los padres de las niñas a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitarles una experiencia aún más conflictiva, e igual exhortación corresponde dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para las menores y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, revocó el pronunciamiento del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, y ordenó la restitución de las hijas menores de las partes, C.S.R., M.F.S.R. y V.S.R., a la República Italiana (v. fs. 166/172 y 246/255).

A fs. 259/266 y fs. 334/342, la madre demandada y el Ministerio Pupilar dedujeron sendos recursos extraordinarios contra dicho pronunciamiento, que fueron concedidos a fs. 350/351.

-II-

La apelación resulta formalmente procedente, ya que la solución del caso exige determinar la recta inteligencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario), y de la Convención sobre los Derechos del Niño, al tiempo que la decisión impugnada es contraria al derecho que las recurrentes pretenden sustentar en las predichas regulaciones (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Consecuentemente, el análisis no se encuentra restringido por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida, la íntima conexión de los aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, y la generalidad que exhibe el auto de concesión del recurso extraordinario, tornan razonable una revisión integral del asunto traído a esta instancia.

-III-

El conflicto encuentra respuesta en los conceptos que esta Procuración y V.E. han venido sosteniendo en la materia, de modo que he de remitirme a los cánones exegéticos vastamente aplicados en la jurisprudencia de esa Corte, para aconsejar el rechazo del recurso interpuesto (v. esp. Fallos: 333:604; 334:913; 334:1287; 334:1445; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, *in re* “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013).

Sin perjuicio de ello, corresponde reseñar aquellas pautas que contribuirán al análisis de las circunstancias relevantes del caso: (i) las disposiciones del Convenio de 1980 deben interpretarse teniendo en cuenta su objetivo fundamental, cual es el restablecimiento del *statu quo ante*, mediante la devolución del niño trasladado o retenido ilícitamente (art. 1º); (ii) las hipótesis de denegación poseen carácter excepcional, por ende, riguroso; (iii) las defensas articuladas por la parte demandada deben someterse a escrutinio estricto; (iv) la concurrencia de los supuestos de

excepción, debe ser demostrada por el presunto captor; (v) aun cuando el procedimiento "...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido..." (Fallos: 318:1269 [considerando 14]), el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito (cp. art. 3º de la ley N° 26.061, como el art. 3º de su Decreto reglamentario N° 415/2006); (vi) si el trámite se inicia antes de cumplido el año desde el traslado o retención, la integración al medio no puede alegarse como motivo de oposición autosuficiente, ni excusa el cumplimiento urgente de la devolución, a menos que se compruebe alguna de las circunstancias eximentes explícitamente reguladas (art. 12, primera parte); (vii) la aceptación del traslado o retención del niño por parte del progenitor desasido puede verificarse tácitamente, pero debe ser inequívoca; (viii) la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores; (ix) la excepción del art. 13 (penúltimo párrafo) está supeditada a la concurrencia de una verdadera oposición del niño, entendida como un repudio irreductible a regresar al lugar de la residencia habitual; (x) la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres; (xi) el

resolverse en definitiva; (xii) la obligación de restituir no supone una negación de los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que los Estados signatarios han interpretado que –en la singular emergencia de una sustracción internacional– el mejor interés del niño es la restitución.

-IV-

Los principales elementos que deberían tenerse presentes para una mejor comprensión del problema, pueden sintetizarse como sigue: (i) la Sra. L.M.R., oriunda de La Plata (provincia de Buenos Aires), se radicó en Italia junto a sus padres en 1990, cuando contaba con quince años de edad; (ii) a partir de 1993, la nombrada convivió con el Sr. D.S., en Corigliano Calabro (provincia de Cosenza, Italia); (iii) la pareja fijó allí su domicilio conyugal al contraer matrimonio el 28 de julio de 2002; (iv) fruto de esa unión nacieron en dicha localidad C., M.F. y V., en fechas 16 de julio de 1997, 25 de setiembre de 2000 y 12 de enero de 2004, respectivamente; (v) las tres hijas poseen nacionalidad italiana y habitaron ininterrumpidamente en la ciudad natal hasta el 6 de

septiembre de 2008, día en el que la Sra. R. las trajo consigo al país; (vi) el motivo explícito del traslado fue la visita al abuelo materno, por un derrame cerebral simulado por la demandada para justificar el viaje (v. fs. 264, penúltimo párrafo); (vii) el progenitor consintió la salida temporaria; (viii) no ocurrió lo propio con la permanencia en la República Argentina, ya que el regreso se fijó para fines de septiembre de 2008, oportunidad en la que el Sr. D. comenzó a exigir la vuelta de las hijas (v. fs. 264 último párrafo); (ix) según la ley italiana, al tiempo de la retención, el padre ostentaba el ejercicio compartido de la responsabilidad parental; (x) la demanda restitutoria cursada por la Autoridad Central italiana a su par argentina, fue recibida por ésta con fecha 20 de marzo de 2009; (xi) la litis se trabó sin contestación por parte de la Sra. R..

-V-

De los antecedentes fáctico-jurídicos referidos resulta ante todo que, al momento del desasimiento, la residencia habitual de las hijas estaba emplazada en la

En segundo lugar, está claro que –aun cuando la partida contó con la anuencia paterna–, la estadía subsiguiente obedeció a la decisión inconsulta de la madre, quien no estaba autorizada para desplazar unilateralmente a las hijas comunes.

En ese marco, es menester colegir que la retención debe calificarse como ilícita (art. 3).

En este punto, el Sr. Defensor Oficial entiende que se ha verificado una tácita aceptación sobrevenida del Sr. D. para que sus hijas se establezcan definitivamente en Argentina (art. 13, inc. a). Dicha circunstancia surgiría de la comunicación del Ministerio de Justicia italiano glosada a fs. 270/271, en tanto –frente a la sugerencia de la oficina de bienestar social para organizar un régimen de visitas– el padre se mostró listo para alojar a sus hijas durante las vacaciones de verano y cada vez que lo deseen (v. fs. 268/269). A su turno, la demandada dirá que esa pieza revela una conformidad expresa (v. fs. 302 vta., penúltimo párrafo; fs. 304 vta., tercer párrafo, ap. 5; fs. 309, segundo párrafo; y fs. 312 y vta., cap. II).

Sin embargo, la Autoridad Central –que es la que había implementado el predicho informe–, recabó posteriormente del progenitor una manifestación concreta y personal sobre el particular, ocasión en la que éste exteriorizó su intención definida de seguir adelante con el trámite de restitución (v. fs. 321/328).

Por lo tanto, atendiendo al tenor ostensible que debe presentar la actitud parental para configurar una venia en el sentido convencional, estimo que de las genéricas e indirectas impresiones volcadas a fs. 268/271, no puede extraerse una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento paterno (v. punto III, acápite vii).

-VI-

De otro lado –más allá de las consecuencias procesales de la falta de contestación del traslado conferido a fs. 109 vta., así como del incumplimiento de la carga probatoria que ella supone [v. punto III, acápite (iv)]–, en homenaje a la amplitud del derecho de defensa, cabe reiterar aquí que la demanda fue recibida por nuestra Cancillería dentro del plazo previsto por el art. 12, primera parte, por lo que los

virtualidad que le atribuyen las recurrentes (v. punto III, acáipes v y vi).

Es en ese contexto en el que debe apreciarse la opinión de las afectadas (art. 13, cuarto párrafo), sin que tampoco pueda soslayarse que, en razón de su finalidad específica, el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la custodia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irredimible a regresar (v. dictámenes de Fallos: 333:604 [en especial puntos X (6) y XIII y sus citas] y Fallos: 334:913 [en especial punto X, quinto párrafo]; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, *in re* “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, del 21 de febrero de 2013, considerando 15).

Estimo que las constancias de autos no revelan una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir el regreso. Por el contrario, conforme a los criterios que sinteticé en el punto III y parafraseando al dictamen emitido *in re* S.C. G. N° 129, L. XLVIII, no podemos considerar a nuestro país como un núcleo existencial que deba recibir aval jurisdiccional, en tanto vino a suplantar ilícitamente al centro de vida constituido regularmente en Italia, donde se formó la familia y se criaron las hijas, y que fue interrumpido por la decisión materna.

Tampoco estamos en presencia de una repulsa de las niñas a volver a su país de origen, con las férreas características requeridas por V.E. para tener por configurada la eximente del art. 13, párrafo cuarto. Antes bien, como surge en forma consistente de lo actuado por distintos profesionales a fs. 124/125, 151/152, 228/229, 233/234, 300, 342 y 342 vta., la postura de C., M.F. y V. no importa una resistencia cerrada a retornar a Cosenza, sino a hacerlo bajo el cuidado del Sr. S. En ese sentido, resulta particularmente ilustrativo el relato que se reproduce a fs. 300 vta., en cuanto a

era la convivencia y los episodios de violencia vividos... [manifestando la más pequeña] que quería quedarse en Argentina con su madre..." (*sic*).

-VII-

En lo que atañe a la excepción prevista por el art. 13, inc. b), esta Procuración ya ha dejado en claro reiteradamente que, ante la sustracción internacional, los principales afectados —que, a no dudarlo, son los niños— difícilmente puedan librarse de padecer preocupación, temor y dolor, sobre todo cuando el proceso se dilata, apartándose de la urgencia que encarece el art. 11 (cf. punto VI, cap. i.- (b), del citado dictamen S.C. G. N° 129, L. XLVIII). Precisamente por eso y en concordancia con los lineamientos reseñados en el punto III, resulta igualmente necesario no perder de vista que la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la cohabitación con uno de sus padres.

He examinado las circunstancias del caso desde esta perspectiva, teniendo en cuenta las impresiones volcadas a fs. 124/125 y 151/152, así como el aporte que hicieron las autoridades italianas acerca de la situación socio-familiar (v. fs. 268/271; art. 13 *in fine*). A ese respecto, observo que el reporte sobre posibles experiencias traumáticas graves que allí se hace, proviene de meras aproximaciones a la realidad de las niñas (v. fs. 128 *in fine* y fs. 151 vta., penúltimo párrafo), incluso en función de manifestaciones que no fueron percibidas directamente por los profesionales (fs. 270/271). En definitiva, ese dato no se relaciona propiamente con la reincisión en Italia, sino con la aptitud paterna para el ejercicio de la custodia, materia que —insistimos— es ajena.

En cambio, la pericia psicológica realizada a fs. 228/229 y 233/234 por el Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil —sustentada, a

diferencia de los predichos informes, no sólo en varias entrevistas sino en la administración de tests— viene a contestar el interrogante planteado, descartando una severa perturbación emocional que implique desorganización estructural de la personalidad de C. y M.F. por la vuelta a Italia. En cuanto a la menor de las hermanas, da cuenta de que V. se registra “... no muy alojada en el deseo del Otro materno y con un padre distante que amenaza...[desconociéndose] qué consecuencias puede tener en ella el regreso a su país de origen” (fs. 234). Paralelamente, concluye que ninguna de las tres niñas evidencia los factores de riesgo típicos de las separaciones altamente destructivas (fs. 234 vta.). De tal manera, el peligro de connotaciones estrictas al que se refiere el Convenio de 1980 no aparece demostrado en la especie.

A esta altura conviene repetir que la restitución no juzga acerca de la guarda en cabeza de la Sra. R., quien ni siquiera ha invocado —ni, por ende, justificado— la imposibilidad de reingresar a Italia, o de ejercer su derecho de defensa ante sus tribunales, o de vivir junto a sus hijas en ese país, en el cual se radicó por largos años y donde aún conserva lazos familiares muy cercanos (cf. S.C. H. N° 102, L. XLVIII, considerandos 18 y 19; v. fs. 100, *supra*, y 268, penúltimo párrafo).

En ese marco, si bien la sola posibilidad de que exista un cuadro de violencia generado a partir de la conducta del padre, resulta altamente delicada y merece una especial atención institucional, este dato no obsta en la especie a que C., M.F. y V. retornen al lugar donde nacieron y pasaron la mayor parte de su vida en condiciones legítimas (cf. esp. Fallos: 334:1445; y S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”).

Así las cosas, juzgo que no procede rehusar la restitución en base a la excepción de grave riesgo. Sin perjuicio de ello, he de recomendar enfáticamente que, en suelo italiano, se establezca urgentemente la necesaria red socio-económica estatal y familiar, para que la llegada y la reinserción se desarrollem con la contención necesaria, y para que en el futuro se haga un eficaz seguimiento del caso. Del mismo modo, aconsejo que se proporcione asistencia psicológica a todos los integrantes del grupo, y se analicen en profundidad los vínculos familiares —sobre todo en punto a la eventual configuración de violencia doméstica—, adoptando las medidas administrativas y judiciales que fueren menester para el resguardo efectivo de estas niñas.

-VIII-

Por lo expuesto, dado que la alegación genérica del beneficio del niño no

basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución (v. hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores).

En ese orden, conviene recordar aquí que el Convenio de 1980 tiene como premisa que el bienestar del infante, víctima del fraude, se alcanza volviendo al estado de cosas anterior al acto de turbación, de manera que preserva su mejor interés –proclamado como *prius jurídico* por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño–, mediante el cese de las vías de hecho.

También creo importante sumarme a la preocupación que este Ministerio Fiscal y V.E. vienen expresando en este campo, haciendo extensiva al caso la recomendación de que ambos padres recurran a la asistencia profesional en el área de la salud, sostengan a sus hijas con el mayor de los equilibrios, eviten su exposición psicológica, y den pronto cumplimiento a la restitución con una actitud ponderada de acompañamiento (v. esp. fs. 228 vta., última parte *supra*; fs. 229 *in fine*; fs. 233 vta., primer párrafo; y fs. 234, noveno párrafo).

En esa misma línea, aun cuando –repite– las alusiones a supuestas dificultades en el terreno de la violencia doméstica carecen, en estos autos, de idoneidad para configurar una causal de exención, considero que la Autoridad Central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectarios, de seguimiento y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el regreso como el proceso de readaptación en territorio italiano, transcurran junto a la madre o, en su defecto, junto a la familia materna, del modo más respetuoso a la condición personal de C., M.F. y V, y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por la que atraviesan (Fallos: 334:1287 [considerando 7º a 9º] y 334:1445 [considerando 3º]; S.C. G. N° 129, L. XLVIII, “G., P.C. c/H., S.M. s/reintegro de hijo”, sentencia del 22 de agosto de 2012 [considerando 3º a 5º]; y S.C. H. N° 102, L. XLVIII, *in re* “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, sentencia del 21 de febrero de 2013 [considerando 20º y 21º]; v. asimismo punto VII, último párrafo).

Por último, propongo que el texto de la sentencia a dictarse se ponga en conocimiento de la Autoridad Central, de la forma que esa Corte entendiere adecuada, con miras a una inmediata comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

-IX-

En tales condiciones, opino que los antecedentes examinados resultan suficientes para sustentar el rechazo del recurso extraordinario que aquí aconsejo, sin perjuicio de que –si V.E. así lo dispusiere– se proceda a la apertura de los sobres acompañados a fs. 356/357 y se corra nueva vista a esta Procuración General.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 2 de Julio de 2013.

Vistos los autos: "S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos".

Considerando:

1º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al revocar la sentencia del Tribunal de Familia de Instancia Única nº 1 del Departamento Judicial de La Plata, admitió el pedido de restitución –a la ciudad de Corigliano Calabró provincia de Cosenza, Italia– de las menores C. S. R., M. F. S. R. y V. S. R. instado por su padre, el señor D. S., mediante el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980).

Para así decidir, la corte local señaló que a la luz de la normativa italiana y de los dichos de la propia demandada, esta última no estaba habilitada para fijar la residencia de sus hijas fuera de dicho país sin la anuencia del otro progenitor y, que al haberlo hecho, fue en detrimento de derechos actuales, relevantes en los términos del CH 1980. Entendió que si bien era

cierto que las menores fueron trasladadas a la Argentina con la autorización del padre, la retención de las mismas en este país lo fue en forma ilícita.

Sostuvo que una vez acreditada la ilicitud del traslado o la retención, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido debía analizar, con un enfoque riguroso, si se daban las excepciones previstas en el CH 1980 para no ordenar la restitución. En tal sentido, entendió que no se configuraba ninguna de las excepciones del art. 13 del CH 1980. Señaló que de la medida para mejor proveer dispuesta por el tribunal -pericia psicológica-, surgía que no se presentaban signos para justificar el no regreso de las niñas a Italia. Agregó que si a ello se sumaba que la progenitora -a quien se le había dado por perdido el derecho a contestar demanda- no había aportado datos que permitieran evaluar la supuesta violencia que habría ejercido el progenitor con sus hijas cuando vivían en Italia -que permitiera abrir juicio sobre si la restitución podría exponerlas a un grave peligro físico o psíquico- los elementos obrantes en la causa no eran suficientes para rechazar la restitución.

Asimismo, aclaró que la restitución de las menores no implicaba resolver definitivamente sobre la custodia de las mismas, ya que ello era materia del juez competente, es decir, del magistrado del lugar donde las niñas tenían su residencia habitual. Por último, sostuvo que de lo actuado en la causa era perceptible el grado de preocupación e inestabilidad que provocaba a las menores la posibilidad de regreso a Italia ante lo que se representaban como futuras reprimendas del padre. En virtud de ello consideró necesario anoticiar de esta circunstancia a las autoridades del país requirente, en el marco de plena colaboración de los Estados que es uno de los objetivos y fines de la Convención, para que sean arbitradas las medidas conducentes y necesarias a fin de resguardar a las menores al momento de su regreso.

2º) Que contra esta decisión, la señora L. M. R. interpuso recurso extraordinario que fue concedido a fs. 286/287.

Esta Corte declaró la nulidad de las actuaciones cumplidas con posterioridad a la sentencia apelada por haberse omitido desde ese acto procesal conferir vista a la Asesora de Menores, quien ejercía la representación de las niñas (fs. 315/316).

Devueltas las actuaciones, el tribunal de origen dio debida intervención a la representante del Ministerio Público, quien planteó el recurso extraordinario federal a fs. 334/342 vta., que junto con el deducido por la demandada fueron concedidos a fs. 350/351 vta.

3º) Que el remedio federal de fs., 259/265 vta., ha sido interpuesto por la señora L. M. R. en forma extemporánea, pues el plazo para su deducción vencía el 18 de junio de 2012, con más las dos primeras horas del 19 de junio de 2012, motivo por el cual corresponde declararlo mal concedido (arts. 257 y 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Ello es así, pues el régimen procesal del recurso extraordinario es regulado exclusivamente por las normas rituales nacionales que se han dictado para organizarlo. Sin embargo, el remedio federal en cuestión fue deducido dentro del plazo de gracia de cuatro horas fijadas por el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, es decir, una vez pasadas las dos primeras que fija similar norma del código ritual nacional (conf. Fallos: 323:4006; 328:992, entre otros).

4º) Que el recurso extraordinario interpuesto por la Asesora de Menores a fs. 334/342 vta. resulta formalmente admisible dado que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del CH 1980 y la decisión impugnada es contraria al derecho que la apelante pretende sustentar en aquél (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

En tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su

decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 308:647; 318:1269; 330:2286 y 333:604, entre otros).

5º) Que en su recurso extraordinario la Asesora de Menores señala que el presupuesto de excepción previsto por la CH 1980 se configura en la especie, por lo que la sentencia impugnada deviene arbitraria. Agrega que no puede calificarse de "mera oposición" el posicionamiento de las niñas respecto del retorno a su país de origen en tanto ha quedado evidenciado que su resistencia se encuentra respaldada a través de los informes psicológicos. Hace hincapié en que las menores están residiendo en Argentina desde el año 2008, junto a su progenitora, su pareja e hijas y el niño L. fruto de la unión de dichos adultos. Entiende que en el supuesto que se rechace el recurso, se les occasionaría una grave afectación a su interés y las colocaría en "una situación intolerable".

6º) Que a los efectos de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar las siguientes circunstancias relevantes: la señora L. M. R, de nacionalidad argentina, y el señor D.S., de nacionalidad italiana, convivieron desde el año 1993 y contrajeron matrimonio el 28 de julio de 2002 en Corigliano Calabro (provincia de Cosenza, Italia) donde nacieron sus tres hijas: C. S. R. el 16 de julio de 1997, M. F. S. R el 25 de septiembre de 2000 y V. S. R el 12 de enero de 2004.

Las menores vivieron junto a sus padres de manera ininterrumpida en su ciudad natal hasta el mes de septiembre de 2008, oportunidad en que L. M. R le informó a D. S. su intención de viajar a la Argentina con las hijas de ambos a fin de visitar al abuelo materno que sufría un problema de salud. Alegó –de manera exagerada según sus propios dichos (fs. 264)– que la situación era grave porque había padecido un derrame cerebral y que en consecuencia le solicitaba la pertinente autorización para que las tres niñas pudiesen viajar con ella. D. S. otorgó el

permiso requerido y las menores debían regresar a Italia el 21 de septiembre de ese mismo año. En virtud de que no retornaron en la fecha prevista, el progenitor el 5 de noviembre de 2008, inició el pedido de restitución internacional de sus tres hijas ante la Autoridad Central italiana de acuerdo con el procedimiento establecido por el CH 1980 (conf. fs. 16).

7º) Que habida cuenta de que el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de tres niñas a Italia, que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980 corresponde, en primer lugar, tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por esta Corte Suprema respecto de dicha norma en los sucesivos supuestos análogos en los que ha debido intervenir (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 2396; 334:913, 1287 y 1445, causas G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012; H.102.XLVIII "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", sentencia del 21 de febrero de 2013 y F.354.XLVIII "F., C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo", sentencia del 21 de mayo de 2013).

8º) Que en el caso no se encuentra controvertido por las partes que el lugar de residencia habitual de las menores C., M. F. y V. con anterioridad a su traslado a este país, a los efectos del CH 1980, era la ciudad de Corigliano Calabró, Italia, pues no solo fue el lugar donde nacieron sino también donde desarrollaron sus actividades educativas y sociales hasta la fecha en que se produjo el viaje a la Argentina. Dicho ello, corresponde determinar si en el caso existió el traslado o retención ilícita que requiere el mencionado convenio.

9º) Que de acuerdo a la legislación italiana, en el momento del traslado, D. S. ostentaba el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (arts. 155, 316, 317, 317 bis, 327, 343 y concordantes del Código Civil Italiano) y ambos progenito-

res son contestes en que existió una autorización para que la madre viajase con las hijas con fecha de regreso el 21 de septiembre de 2008. No hay duda entonces de que el traslado fue lícito en los términos del CH 1980, no así la retención de las niñas en la Argentina por parte de la progenitora, dado que no retornaron en la fecha pactada.

10) Que acreditada la ilicitud a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, corresponde examinar si se ha configurado la excepción invocada por la Asesora de Menores en su recurso extraordinario consistente en el grave riesgo que correrían las niñas en caso de que se rechace, al colocarlas en la situación intolerable de tener que regresar a Italia junto al progenitor contra su voluntad (art. 13, inc. b).

A tal fin, es menester recordar que el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad (conf. parágrafo 34 del informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión Redactora del Convenio por Encargo del Décimo Cuarto Período de Sesiones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado). En tal sentido, esta Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980 (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604).

11) Que teniendo en cuenta lo anteriormente expresado respecto a la apreciación rigurosa y prudente que debe efectuarse del material probatorio destinado a acreditar la "situación intolerable" que configuraría la excepción invocada, de la compulsa del expediente no surgen pruebas determinantes que permitan hacerla operativa.

En efecto, los informes técnicos agregados a la causa, en particular los que refieren a los encuentros entre las profesionales intervenientes y las niñas, dan cuenta del vínculo disfuncional de las menores con su progenitor. Sin embargo, el informe de la perito psicóloga del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de La Plata, conciuye que "teniendo en cuenta los factores de riesgo en las separaciones o divorcios altamente destructivos: morbilidad (tendencia al suicidio), fracasos escolares, enfermedades psicosomáticas, severas perturbaciones psicológicas (trastornos en el desarrollo, trastornos de ansiedad, trastornos en la alimentación) las niñas C., M. F. Y V. no presentaron estos signos al momento de ser evaluadas" (fs. 234 vta.).

12) Que en lo que hace a la opinión de las menores, esta Corte ha señalado que en el marco del CH 1980, su ponderación no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, y que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 -penúltimo párrafo- solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual (conf. causa G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012 y H.102.XLVIII "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", sentencia del 21 de febrero de 2013).

Considerando dicha inteligencia y que la excepción de grave riesgo solo procede, como ha interpretado este Tribunal, cuando el traslado le configuraría un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o la ruptura de la convivencia con uno de los padres, corresponde concluir que en el caso no se ha acreditado una verdadera oposición, entendida como un "repudio irreductible a regresar". De fs. 124/125, 151/152, 228/229,

233/234, 300 Y 342/342 vta. surge que las niñas no quieren regresar a Italia "bajo el cuidado de su padre", es decir, que no es una resistencia absoluta al retorno.

En efecto, esa oposición se vincula con las experiencias vividas en ese país junto al progenitor y a los relatos de la madre en punto a la personalidad violenta de éste, así como también que en la actualidad están adaptadas a la vida en Argentina, circunstancia que no constituye un motivo autónomo de oposición (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:2396).

13) Que no escapa al examen que se realiza la gravedad de las declaraciones efectuadas por la demandada y referidas por la adolescente C. a profesionales que intervinieron en la causa en cuanto a la existencia de comportamientos inadecuados y violentos por parte de D. S., pero la decisión de restituir a las tres menores al lugar de residencia anterior al desplazamiento, poniendo fin a una situación irregular, no implica resolver que las niñas deberán retornar para convivir con su progenitor.

Ello es así pues la influencia que conductas como las descriptas puedan tener respecto de la custodia o guarda del niño hacen al mérito que es posible atribuir al progenitor para ejercer dicha guarda, lo que no es materia de este proceso sino de las autoridades competentes del Estado de residencia habitual, quienes se encuentran al tanto de la situación según surge de fs. 268/271.

14) Que tampoco existen constancias claras y convincentes que permitan vislumbrar que el progenitor consintió la estadía de las menores en Argentina, lo que hubiese configurado la excepción prevista por el art. 13, inc. a, del CH 1980. En efecto, dicha parte instó en todo momento el procedimiento de retorno y, aun cuando la nota de la Oficina de Bienestar Social (Welfare Office), dependiente del Ministerio de Justicia del Menor obrante a fs. 268/271 sugería la posibilidad de entablar un régimen de visitas, con posterioridad frente a una consulta de

la mencionada oficina (fs. 323/327), el actor ratificó su intención de continuar con el trámite iniciado en los términos del CH 1980. Asimismo, reiteró el deseo de que las niñas regresen a Italia y agregó que sus ingresos económicos le permiten mantenerlas durante su crianza.

15) Que en síntesis, lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16 del CH 1980 y Fallos: 328:4511 y 333:604).

Por otro lado como ya se ha señalado, la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento del CH 1980, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo; y la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.

16) Que con el objeto de lograr el cumplimiento de un retorno seguro de las niñas a su lugar de residencia habitual, esta Corte Suprema ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. art. 7º del CH 1980 y Fallos: 334:1287 y 1445 y causa G.129.XLVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sentencia del 22 de agosto de 2012).

17) Que en virtud de lo señalado, este Tribunal entiende que corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos que se encuentren a su disposición, deberá:

a) actuar coordinadamente con su par italiana en función preventiva -arbitrando los medios informativos, protecto-

rios y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester-, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal de las niñas y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesan;

b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso; y,

c) comunicar a su par italiano la necesidad de establecer a través de la Oficina de Bienestar Social (Welfare Office), dependiente del Ministerio de Justicia del Menor, un estricto seguimiento del proceso y de las condiciones sociales, habitacionales y educativas de las menores una vez que se haya realizado el retorno seguro con los mecanismos existentes para dicho fin.

18) Que por último, teniendo en mira el interés superior del niño -que debe primar en este tipo de procesos- y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el señor D. S. a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a los padres de C., M. F. y V. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para las menores y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello, oído el señor Defensor Oficial ante esta Corte y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara mal concedido el remedio federal de fs. 259/265 vta., formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la Asesora de Menores y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber a la Autoridad Central argentina lo establecido en el considerando 17. Asimismo, esta Corte

exhorta a los progenitores de las menores y al tribunal de familia a cargo de la causa en los términos del considerando 18. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina.

RICARDO LUIS LORENZETTI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARMEN M. ARGIBAY

Índice

A

- Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) c/La Rioja, Provincia de. **480**
Adriana Reisfeld, Diana Wassner y Jorge Lew. **477**
Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation. **503**
Alvarez Ordoñez, Rafael Luis. **19**
Aquino Pereira, Elvio César c/ Otranto, Marcelo y otros. **242**
Argento Federico Ernesto c/ Administración Nacional de Seguridad Social. **277**
Asociación de Trabajadores del Estado. **672**

B

- Banco de la Nación Argentina c/ Córdoba, Provincia de. **521**
Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Estado Nacional - Ministerio de Economía - dto. 905/02
539
Bio Sidus (TF22046-a) c/ DGA. **448**
Biotay SA c/ en - DGA - resol 1529/08 178/09. **549**
Bolland y Cia. SA (TF 21122-i) c/ DGI. **70**
Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/ Buenos Aires, Provincia de. **177**
Brondino, Juan E. y otros c/Estado Nacional. **355**

C

- Caamaño Iglesias Paiz, Cristina. **555**
Catella, Marta Susana s/solicitud de juicio político por Luis Aníbal Benítez. **562**
Central Térmica Sorrento s.a. c/ Municipalidad de Rosario Pcia. de Santa Fe. **94**
Ciccone Calcográfica S.A. c/ D.G.I. **183**
Colorin Imssa (tf 24123-i) c/ Dirección General Impositiva. **837**
Cornejo Torino, Jorge Antonio y otros. **265**
Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros.
244

D

Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy c/ Estado Nacional y otros. **634**

Delgado, Orlando Antonio y otro. **714**

Diaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. **593**

E

E., S. **638**

Entertainment Depot SA (TF 21988-i) c/ DGI. **389**

Estado Nacional s/ interpone recurso por salto de instancia en autos: 'Rizzo, Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 Gente de Derecho) **668**

F

F., C. del C. c/ G., R. T. **458**

Fernández, Ana María. **720**

Fisco nacional (AFIP) c/Catamarca, Provincia de y otro (Banco de Catamarca y/o ente residual) **191**

Frente Cívico y Federal UCR - Confe en Jº 607 Naman, María Alejandra. **473**

Frigorífico de Aves Soychu SAICFI c/ Municipalidad de Gualeguay. **443**

Fundación Emprender (tf 20679-i) c/ DGI. **220**

G

Galeano González, Pedro Nolasco c/ Futura AFJP. **228**

Gas Natural BAN S.A. **734**

Góngora, Gabriel Arnaldo. **392**

González, Nélida Beatriz c/ Mapfre Argentina S.A. ART y otros. **238**

Griffo, Ricardo Ariel. **287**

H

H. C. A. **96**

Hooft, Pedro Cornelio Federico. **381**

I

Ibañez Cejas, José Benedicto y otros c/ en - Mº Defensa – FFAA– Dto. 1104/05 751/09 **607**

IBM Argentina c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía Obr. y Serv. Pub.) **412**

L

Loma Negra Compañía Industrial SA y otros. **433**

Loza, Sibardo c/ Estado Nacional y otros. **844**

M

Maciel, Marcelo Fabian. **52**

Madina, Marcelo Augusto. **495**

Mercado Muñoz, Iris. **610**

Montoya, Mauricio Javier c/ Transportes Metropolitanos General San Martin SA y otros. **298**

Moslares, Jose Luis c/ diario La Arena y otros. **309**

N

N.N. **124**

P

Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación. **131**

Provincia del Chubut c/Yáñez Pedro y otros. **752**

R

Rizzo, Jorge Gabriel (Apod. Lista 3 Gente de Derecho) **760**

Rosa, Dolores Estrella c/ en - Mº Economía - Dto 138/01 (bonos externos) **415**

Rueda, Roque. **832**

S

S., D. C/ R., L. M. **849**

Señor Procurador General s/ acusación c/Daniel Enrique Freytes - Juez de Instrucción N°1 de la Ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña. **145**

T

Taboada Ortiz, Víctor. **63**

Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares. **421**

Terrile, Analía Alicia c/ Del Aguila S.R.L. y otros. **628**

Toledano, Beatriz dolores c/ Administración Nacional de la Seguridad Social. **334**

Transporte Metropolitano General Roca SA. **343**